Das

Recht der stillen Gesellschaft

des Handelsgesetzbuchs

in seinem

Verhältnis zum Gesellschaftsrecht

des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Herbert von Borch

Dragomanats-Aspirant bei der Kaiserlich deutschen Gesandtschaft in Peking.

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1901.

Meinen geliebten Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549210_0071

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
	Vorbemerkung	9
§ 1.	Geschichtliches	10
§ 2.	Begriff der stillen Gesellschaft	18
§ 3.	Die juristische Natur der stillen Gesellschaft	20
§ 4.	Die Hauptunterschiede zwischen der stillen Gesellschaft des H.G.B. und der Gesellschaft des B.G.B.	29
	Die stille Gesellschaft in ihrem Verhältnis zur Gesellschaft des B.G.B. in ihren einzelnen Beziehungen.	
§ 5.	**I. Errichtung**	35
	II. Rechtsverhältnisse während des Bestehens der Gesellschaft	
	1. unter den Gesellschaftern.	
§ 6.	a) Einlage und Beiträge	38
§ 7.	b) Geschäftsvermögen und Gesellschaftsvermögen	45
§ 8.	c) Teilnahme am Gewinn und Verlust	48
§ 9.	d) Verfügungen der Gesellschafter über ihre Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrage	53
§ 10.	e) Geschäftsführung	54
	2. gegenüber Dritten.	
§ 11.	a) Vertretung	60
§ 12.	b) Verhältnis zu Gesellschaftsgläubigern u. -Schuldnern	61
§ 13.	3. Veränderungen im Bestande der Teilhaber	64
	III. Auflösung der Gesellschaft.	
§ 14.	1. Gründe	66
§ 15.	2. Wirkungen	70

Litteraturverzeichnis.

Adler, K. Zur Entwickelungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts 1895.

Amira, K. v. Nordgermanisches Obligationen-Recht Bd. 2, Leipzig 1895.

Auerbach, W. Das Gesellschaftswesen. Frankfurt a. M. 1861.

Bauer, J. Die stille Gesellschaft. 1894.

Behrend, J. Fr. Lehrbuch des Handelsrechts Bd. 1 Abt. 1. Berlin, Leipzig 1886.

Cosack, K. Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. Stuttgart 1898.

Derselbe, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2 Abt. II. Jena 1899.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 1897.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin 1897.

Dietzel, Die Commanditen-Gesellschaft und die actio tributoria. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 2. S. 1 ff.

Eberlein, Die stille Gesellschaft (Diss.) Greifswald 1898.

Endemann, W. Das deutsche Handelsrecht. 4. Aufl. 1887.

Endemann, F. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des B.G.B. 6. Aufl. 1899.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (R.O.H.G.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. (R.G.)

Freese, Die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft. (Diss.) Greifswald 1877.

Gareis, C. Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. 1899.

Gerber, F. v. System des deutschen Privatrechts. 17. Aufl. (von Cosack) 1895.

Gierke, O. Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Derselbe, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. 1895.

Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts. 1. Lief. 1891.

Kohler, J. Die commenda im islamitischen Recht. Würzburg 1885.

Lastig in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- u. Wechselrechts. Bd. 1. S. 704 ff. Leipzig 1881.

Derselbe, Die stille Gesellschaft. Habilitationsvorlesung. Halle 1871.

Löwenstein, Die stille Gesellschaft. (Diss.) Erlangen 1896.

Markus in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht Bd. 6. S. 110. 1897.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erste Lesung. Bd. II. Berlin 1888.

Pappenheim, M. Altnordische Handelsgesellschaften. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 36. S. 85 ff.

Protokolle der Nürnberger Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen H.G.B. Würzburg 1858.

Rehme, P. Die Lübecker Handelsgesellschaften in der 1. Hälfte des 14. Jahrhunderts. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 42 S. 367 ff.

Renaud, A. Das Recht der stillen Gesellschaften, herausgegeben von Laband. Heidelberg 1885.

Saleilles, R. Étude sur l'histoire des sociétés en commandite. Annales de droit commercial français, étranger et international. Bd. IX. S. 13 ff.

Silberschmidt, W. Die commenda in ihrer frühesten Entwickelung bis zum XIII. Jahrhundert. Würzburg 1884.

Thöl, Das Handelsrecht Bd. 1. 6. Aufl. Leipzig 1879.

Voigt, Die stille Handelsgesellschaft. Im Neuen Archiv für Handelsrecht. 1860.

Wendt, in Endemanns Handbuch. Bd. I. S. 428 ff.

Handausgaben und Kommentare zum B.G.B. von
Achilles 1896.
Fischer-Henle 1899.
Örtmann, (Recht der Schuldverhältnisse) 1899.
Planck 1899.
Scherer 1899.

Kommentare zum allgemeinen deutschen H.G.B. von
Anschütz u. v. Völderndorff (2. Bd. 2. Abt.) 1885.
Gareis u. Fuchsberger 1891.
v. Hahn 1894.
Puchelt 1876.
Willenbücher 1891.

Kommentar zum H.G.B. von 1897:
Lehmann-Ring, 1. Abt. bearb. von K. Lehmann 1899.
H. Staub, 6., 7. Aufl. 1900.

Kommentar zur Konkursordnung von Jaeger 1899.

Vorbemerkung.

In den Motiven zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches[1] ist der Satz ausgesprochen, daß „die in dem B.G.B. über Gesellschaften aufgestellten Rechtsnormen in gewissem Maße auch für die übrigen Gesellschaften gelten und zur Ergänzung der die letzteren betreffenden Rechtsnormen dienen".

Dieser Satz stößt jedoch in seiner Anwendung auf einige Schwierigkeiten. Denn da man heute recht verschiedenartige Rechtsinstitute als „Gesellschaften" bezeichnet, wird es doch bei jeder einzelnen „Gesellschafts"-Kategorie einer Prüfung bedürfen, ob überhaupt gerade das Gesellschaftsrecht des B.G.B. zur Ergänzung von Lücken in den Specialgesetzen, welche die betreffenden Rechtsinstitute normieren, heranzuziehen ist und, wenn es der Fall ist, in welchem Maße es zu geschehen hat.

Eine derartige Untersuchung erscheint auch bei der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches, deren juristische Natur ja in der einschlägigen Litteratur eine verschiedene Auffassung gefunden hat, als nicht unangebracht, und sie soll in der folgenden Abhandlung versucht werden.

[1]) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Erste Lesung Band II. Berlin 1888. S. 593.

§ 1. Geschichtliches.

Die Möglichkeit günstiger Verwertung von Kapitalien, welche der Handel auch schon auf einer weniger hoch entwickelten Stufe bot, mußte schon frühzeitig in dem kapitalkräftigen Privatmanne den Wunsch erwecken, eine Beteiligung daran zu suchen in einer Form, in welcher er einmal sich des Charakters eines Privatmannes nicht zu entkleiden brauchte, und bei der er außerdem nicht gezwungen wurde, sein ganzes Vermögen aufs Spiel zu setzen. Dies Bestreben privater Kapitalisten — dem das mit der Entwicklung des Handelsverkehrs stetig steigende Bedürfnis des Kaufmannes nach nutzbarem Betriebskapital fördernd gegenübertrat — hat in allmählichem historischem Werdegange unsere jene Forderungen vollauf erfüllenden Gesellschaftsformen geschaffen: Die Aktien-Gesellschaft, die Commandit-Gesellschaften und die stillen Gesellschaften.

Ob den Römern unserer stillen Gesellschaft ähnliche Rechtsverhältnisse bereits bekannt waren, bei denen der eine zweier Kontrahenten Kapital, speciell Waren, der andere seine Handelsthätigkeit einwarf, ist eine alte, viel erörterte Streitfrage.[1] Jedenfalls war bei ihnen ein

[1] Vgl. hierzu Silberschmidt, die Commenda in ihrer frühesten Entwickelung bis zum XIII. Jahrhundert. Würzburg 1884. S. 9 ff.

Bedürfnis hierfür nicht in gleichem Maße vorhanden, wie bei uns. Denn die Besorgung der Geschäfte durch gewaltunterworfene Personen, die Hingabe eines Pekuliums an solche zum Betriebe von Handelsgeschäften u. dgl. erfüllte fast hinreichend den genannten Zweck:[2] immerhin sind Ansätze zu ähnlichen Bildungen auch in Verhältnissen zwischen durch Hausgewalt nicht verbundenen Personen vorhanden gewesen.[3] Abgesehen von der locatio conductio operis und dem Mandat wurden in gewissem Maße der contractus aestimatorius und das depositum irregulare unseren Zwecken dienstbar gemacht,[4] das Vorhandensein von Societätsformen aber mit einem unserer stillen Gesellschaft ähnlichen Charakter läßt sich bei dem gänzlichen Fehlen von Beweisstellen in den Quellen trotz principieller Anerkennung der Möglichkeit solcher Bildungen durch Diocletian in l. 1 C. pro socio 4,37 — societatem uno pecuniam conferente alio operam posse contrahi magis obtinuit — nicht nachweisen. Im ganzen kann es als zweifellos gelten, daß aus dem römischen Recht kein historisches Band hinüberleitet zu den Gesellschaftsbildungen des Mittelalters, welche wir als Vorläufer unserer Commandit- bzw. stillen Gesellschaft ansehen müssen.[5]

---

[2]) Vgl. Dietzel, die Commanditen-Gesellschaft und die actio tributoria, Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 2 S. 1 ff., welcher den societätsähnlichen Charakter des Verhältnisses zwischen dem paterfamilias und dem mit einem Pekulium ausgestatteten Hausſohn betont.

[3]) Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts. 1. Lief. 1891 S. 254.

[4]) Silberschmidt a. a. O. S. 15.

[5]) Vgl. R. Saleilles, Étude sur l'histoire des sociétés en commandite in den Annales de droit commercial français, étranger et international. Bd. IX. 1895 S. 14, 19.

In der byzantinischen Zeit begegnet eine besondere societätsmäßig modificierte Form des Seedarlehns, die χερσοκοινωνία, welche eine Gewinnbeteiligung am überseeischen Spekulationsgeschäfte zum Zwecke hatte. Ob an diese die mittelalterliche Rechtsentwicklung der Mittelmeerländer bei Bildung der unmittelbaren Ursprungsform unserer stillen Gesellschaft, der commenda, angeknüpft hat — wie Goldschmidt[6] meint — scheint immerhin zweifelhaft. Daß Seedarlehen und commenda in den Urkunden häufig ineinander fließen, ist noch kein Beweis dafür, andererseits finden sich beide in den Statuten der italienischen Städte stets nebeneinander genannt bis in die zweite Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts hinein, zu welcher Zeit das erstere in seiner geschilderten Funktion von der letzteren völlig verdrängt wurde.[7]

Die commenda, eine Vertragsform, bei welcher der eine Contrahent, der commendator, meist ein in der Heimat verbleibender Kapitalist, dem anderen, dem tractator, einem reisenden Kaufmanne, ursprünglich Waren, später auch und schließlich fast ausschließlich Geld anvertraut (commendat), damit letzterer mit dem anvertrauten Kapital überseeische Geschäfte mache, wofür ihm ein Teil, in der Regel die Hälfte des gemachten Gewinns versprochen wurde, wird als eine ursprüngliche Bildung des aufblühenden italienischen Seeverkehrs des zehnten und elften Jahrhunderts angesehen. Doch hat es nach den Untersuchungen Kohlers[8] schon zu Muhammeds Zeiten

[6]) a. a. O. S. 256.

[7]) Silberschmidt a. a. O. S. 127 ff.

[8]) J. Kohler, die commenda im islamitischen Rechte. Würzburg 1885.

im islamitischen Recht eine der späteren italienischen commenda bis ins einzelne gleichende Rechtsform, genannt kirad, gegeben, welche von den drei bedeutendsten moslemitischen Rechtsbüchern gleich sorgfältig berücksichtigt, als eine überaus häufig vorkommende Institution des arabischen Handels bei dessen regen Beziehungen zum Handel des Occidents einen erheblichen Einfluß auf des letzteren Rechtsbildungen sicherlich ausgeübt haben wird. Dazu kommt, daß der kirad zum guten Teile seine Entstehung verdankt dem Bestreben, das streng durchgeführte Zinsverbot des Koran zu umgehen, ebenso wie der italienischen commenda das kanonische Zinsverbot eine kräftige Verbreitung verschaffte.

Die commenda fand sich in zwei nebeneinander bestehenden, zum Teil aber nicht scharf geschiedenen Formen, einer mit nur einseitiger Kapitalbeteiligung seitens des commendator und einer mit zweiseitiger Kapitalbeteiligung, meist collegantia (in Venedig) oder societas maris (in Genua) genannt. Während ursprünglich stets der commendator der Geschäftsherr blieb, so besonders bei einseitiger Kapitalbeteiligung, geht allmählich gleichzeitig mit dem immer häufiger werdenden Auftreten der Binnencommenda, vor allem der Bankcommenda, die leitende Stellung auf den nun in der Regel auch kapitalkräftigen tractator über; auch tritt häufig eine Trennung des Gesellschaftsfonds vom Sondergut der Beteiligten, nicht selten auch eine Gesellschaftsfirma und Registrierungspflicht hinzu, sodaß sich später von der alten, fortbestehenden commenda, die man nun meist einfach als participatio bezeichnet, die neuere accommandita, oder societas per viam accommanditae im Falle mehrerer in Societät

stehender Kommendatoren, scheidet.[9] Diese beiden Gesellschaftsformen, welche von Italien aus in die französische Gesetzgebung, ausdrücklich zuerst in die ordonnance du commerce von 1673,[10] Eingang fanden und dadurch auch auf die deutsche Gesetzgebung des endenden achtzehnten und beginnenden neunzehnten Jahrhunderts einen nicht geringen Einfluß übten, entsprechen zwar genau den Formen unserer stillen Gesellschaft und Kommandit-Gesellschaft; darum sind aber jene doch kein Produkt italienischer oder gar französischer Einflüsse, ja letztere haben die deutsch-rechtliche Entwicklung eher gestört als gefördert.

Der commenda entsprechende Gesellschaftsformen finden sich schon in den altnordischen Quellen[11], in denen, genau wie in den italienischen Statuten, zwei Arten der Kapitalbeteiligung unterschieden werden: eine zweiseitige, durch Zusammenlegen von Kapitalien (leggja fèlag saman) begründete „Gütergemeinschaft" oder fèlag, bei welcher

---

[9]) Saleilles a. a. O. S. 23 ff. unterscheidet drei Entwicklungsperioden:

1. Bis zum XIV. Jahrhundert herrscht die commenda vor, bei welcher nur ein Teil Kapital, der andere nur Arbeit einwirft, und welche nicht als Societät gegolten habe;

2. vom XIV. bis zum XVII. Jahrhundert die commandite, eine Gesellschaftsform, welche nur zwischen den Parteien wirkt und nicht nach außen hervortritt;

3. vom XVII. Jahrhundert an ist die Kommandit-Gesellschaft eine wahre Societät nach außen wie nach innen. — Neben ihr aber, müssen wir hinzufügen, hat sich die alte, als bloße Innengesellschaft gestaltete participatio erhalten.

[10]) Saleilles a. a. O. S. 53 ff.

[11]) Vgl. Pappenheim, Altnordische Handelsgesellschaften. Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht Bd. 36 S. 85 ff.; ferner v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht. Bd. 2. Leipzig 1895. S. 820, woselbst zahlreiche Quellenbelege angegeben sind.

der eine fèlagar als geschäftsführender Gesellschafter, nach außen unbeschränkt, im eigenen Namen, Handelsgeschäfte vornimmt, eine Gesellschaftsart, die im dreizehnten Jahrhundert als Institut des Handelsverkehrs in Norwegen sehr gewöhnlich war, und daneben die sogenannte Beigütergemeinschaft [12] hjá fèlag [12], bei welcher eine Person einer anderen Gut anvertraut, welches diese mit möglichstem Vorteil an einem als Reiseziel bestimmten Orte absetzen soll. Der Gewinn wird halbschichtig zwischen den beiden geteilt, es liegt also ein Gesellschaftsverhältnis, kein Kommissionsgeschäft vor, in genauer Übereinstimmung mit der italienischen commenda.

Jene beiden Gesellschaftsbildungen treffen wir wieder in dem Handelsverkehr des deutschen Mittelalters, für den uns in dieser Hinsicht die Lübecker Stadtbücher, vor allem das älteste Lübecker Niederstadtbuch aus den Jahren 1311 bis 1360 wertvolle Aufschlüsse gegeben.[14] In dem letzteren finden sich unter der Überschrift „societates" eine große Anzahl Handelsgesellschaften eingetragen, unter welchen deutlich zwei Arten zu unterscheiden sind, eine vera societas und eine sendeve.

Beide stimmen in fast überraschender Gleichheit mit den obenerwähnten außerdeutschen Rechtsbildungen über-

---

[12]) Amira a. a. O. 811 billigt nicht diese von Pappenheim a. a. O. S. 89 gebrauchte Übersetzung des Wortes hjáfèlag, und spricht nur von einer „commenda mit einseitiger Kapitalbeteiligung („hjáfèlag").

[13]) Besonders genau geregelt in der Stadtrechtsgesetzgebung des Magnus Lagaboeter von 1276.

[14]) Rehme, Die Lübecker Handelsgesellschaften in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts. Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht. Bd. 42 S. 367 ff.

ein: die erstere mit dem fèlag und der collegantia, die letztere, die sendeve, mit dem hjáfèlag, der commenda dem kirad.

Ebenso wie jene letzten drei ist auch die sendeve, die Vorläuferin unserer stillen Gesellschaft, als Gesellschaft anzusehen, denn der geschäftsführende Teilhaber besorgt den Handelsbetrieb nicht gegen Lohn oder Provision, sondern gegen Beteiligung am Gewinn; als Societätsart galt sie auch, denn sonst hätte man nicht die Gesellschaft mit zweiseitiger Kapitalbeteiligung als vera societas von ihr zu unterscheiden brauchen.[15]

Später finden wir diese deutsch-rechtlichen Gesellschaftsbildungen in den Rechtsbüchern und Stadtrechten des fünfzehnten und sechzehnten Jahrhunderts gesetzlich geregelt, so u. a. in dem Rechtsbuch Johannes Purgoldts, in der Reformatio Norimbergensis von 1564, in der Reformatio Francofortensis von 1578. Das Allgemeine Landrecht berücksichtigt nur die eine der beiden Formen, welche der italienischen participatio, der deutschen sendeve entspricht und bezeichnet schon den Kapitalgeber als „stillen Gesellschafter (associé en commandite)." In der letzteren irrtümlichen Bezeichnung ist schon der verwirrende Einfluß des französischen Rechts, in welchem die societas per viam accommanditae als société en commandite unter Verdrängung der alten participatio alleinige Beachtung gefunden hatte, zu spüren. In der Folgezeit hielt man immer weniger die zwei verschiedenen Arten auseinander, unter dem zunehmenden Einfluß des französischen Rechts ignorierte man häufig den Unterschied

[15]) Rehme a. a. O. S. 372.

ganz und erhielt schließlich eine Mischform, wie sie die beiden Entwürfe eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg von 1839 und einer Handels- und Wechselordnung für das Herzogthum Nassau von 1842 dadurch zeigten, daß sie Rechtssätze, welche nur auf die société en commandite anwendbar waren, auf die bloße Kapitalbeteiligung bei einem fremden Handelsgewerbe bezogen, wie Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das öffentliche Handelsregister, Benennung als Handelsgesellschaft, Zulassung des Kompagniezusatzes in der Firma u. a. m.

Erst die Nürnberger Konferenz von 1857 erwarb sich das Verdienst, aus der eingetretenen Begriffsverwirrung heraus den Weg zur alten klaren Unterscheidung zweier Gesellschaften zu finden, und zwar einer „neuen" nachher Kommandit-Gesellschaft genannten, und der alten stillen Gesellschaft. So fanden in dem Handelsgesetzbuch von 1861 beide Formen eine gesonderte, erschöpfende Behandlung.

Bei der durch die einheitliche Regelung und Neugestaltung des Privatrechts durch das Bürgerliche Gesetzbuch notwendig gewordenen Revision des Handelsgesetzbuchs hat man zunächst geschwankt, ob neben der unter den Handelsgesellschaften geregelten Kommandit-Gesellschaft „noch eine zweite selbständige Gesellschaftsform mit teils beschränkter, teils unbeschränkter Beteiligung der Gesellschafter zugelassen sei"[16] schließlich aber „da sich beide Gesellschaftsarten seit langen Jahren im Verkehr eingelebt haben" und da ferner „auch das „Gesellschafts-

[16]) Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin 1896. S. 182.

recht des B.G.B. die Vorschriften über die stille Gesellschaft nicht entbehrlich macht", sich für ihre Beibehaltung entschieden, im wesentlichen in unveränderter Form.

§ 2. Begriff der stillen Gesellschaft.

Das neue Handelsgesetzbuch, welches die stille Gesellschaft im 5. Abschnitt des zweiten Buches in den §§ 335—342 regelt, giebt keine Definition des Begriffes derselben, vielleicht weil die im Art. 250 Abs. 1 des alten Handelsgesetzbuchs gegebene vielfach und zwar von namhaften Bearbeitern dieser Materie als „den juristischen Anforderungen nicht genügend"[1] und als „unvollständig und zu eng"[2] getadelt worden war, und weil es in der That äußerst schwierig ist, bei den mannigfaltigen Abarten, unter denen die stille Gesellschaft im Handelsverkehr vorkommt, eine allen gerechtwerdende Definition zu finden.

Die Denkschrift zum Entwurfe[3] will den Begriff dem Gesamtinhalte der §§ 306 und 307 (jetzigen §§ 335 336) des H.G.B. entnommen wissen. Hiernach läge eine stille Gesellschaft vor, wenn sich Jemand an dem Handelsgewerbe, das ein Anderer betreibt, mit einer in das Vermögen des anderen übergehenden Vermögenseinlage gegen einen bestimmten, bzw. den Umständen nach angemessenen Anteil am Gewinn und regelmäßig auch am Verluste beteiligt, während der Inhaber des Handelsgeschäfts aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet wird.

---

[1]) Lastig, die stille Gesellschaft in Endemanns Handbuch des Handelsrechts I. Bd. 1881. Seite 704.

[2]) Renaud, Recht der stillen Gesellschaften. 1885. Seite 70.

[3]) S. 182.

Allein auch hier vermissen wir — wie Renaud[4] schon bei der Begriffsbestimmung des Art. 250 des alten Handelsgesetzbuchs eine Andeutung über „den Charakter der durch die Vermögenseinlage erworbenen Berechtigung" und ebenso über die Beschränkung des Verlustes, der den Kapitalgeber treffen kann, beides begrifflich wesentliche Momente. Zur Feststellung der letzteren müssen wir noch § 337 Abs. 2 Satz 1 des H.G.B. heranziehen, welcher die Teilnahme am Verluste nur bis zum Betrage der eingezahlten oder rückständigen Einlage zuläßt.

Für das Vorhandensein einer stillen Gesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs lassen sich folgende Erfordernisse als wesentliche aufstellen:

1. Zwei und nicht mehr Vertragschließende, von denen der eine Inhaber eines Handelsgewerbes sein muß, übernehmen durch Vertrag gegenseitige Verbindlichkeiten.

2. Die Verpflichtung des einen, des stillen Gesellschafters geht dahin, eine vertragsmäßig bestimmte Vermögenseinlage in das Vermögen des andern behufs Anlage in dessen Handelsgewerbe zu überführen.

3. Der andere, Inhaber des Handelsgewerbes verpflichtet sich, dem stillen Gesellschafter einen bestimmten Anteil am Gewinn des Handelsgewerbes zu gewähren, und bei Beendigung des Verhältnisses die gemachte Einlage zurückzuerstatten, soweit sie nicht durch etwa entstandenen und darauf angerechneten Geschäftsverlust gemindert oder aufgezehrt ist, es müßte denn eine Teilnahme am Verluste ausdrücklich ausgeschlossen und damit Rückerstattung des ganzen Betrages der Einlage ausbedungen sein.

[4]) a. a. O. S. 71.

§ 3. Die juristische Natur der stillen Gesellschaft.

Die Frage nach der juristischen Natur der stillen Gesellschaft ist sehr verschieden beantwortet worden. Im Großen und Ganzen aber kommen nur zwei Vertragsarten in Betracht, deren wesentliche Merkmale man in der stillen Gesellschaft vereinigt glauben könnte, der Darlehns- und der Gesellschaftsvertrag.

Von jedem der beiden enthält der stille Gesellschaftsvertrag so viele Bestandteile, daß alle abweichenden Auslegungen doch immer nur auf Modifikationen jener beiden hinauslaufen müssen. Dies sind denn auch die einander entgegenstehenden Ansichten der beiden Hauptbearbeiter unserer Materie, Lastig und Renaud, indem ersterer [1] die Darlehnsnatur, letzterer die Gesellschaftsnatur betont.

Diese beiden Annahmen einer juristischen Konstruktion der stillen Gesellschaft sollen im Folgenden auf der Grundlage des neuen Rechts geprüft werden.

Für die Auffassung der stillen Gesellschaft als eines Darlehnsvertrages lassen sich in der That schwerwiegende Gründe geltend machen.

Darlehen ist nach B.G.B. § 607 ein Vertrag, der begründet wird durch die Hingabe von Geld oder anderen vertretbaren Sachen zum Eigentum gegen die Verpflichtung, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

Auch beim stillen Gesellschaftsvertrage wird in der Regel der eine der zwei Contrahenten, der stille Gesellschafter, dem andern, dem Inhaber des Handelsgeschäfts,

[1]) Ebenso: Freese, die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft. (Diss.) Greifswald 1877.

Geld oder andere vertretbare Sachen zum Eigentum übergeben und der Empfänger zur Rückgabe bei Beendigung des Verhältnisses verpflichtet sein. Und zwar ist die Rückgabeverpflichtung, wenn die Beteiligung am Verluste ausgeschlossen ist, ebenso unbedingt wie beim Darlehen, die Gefahr des stillen Gesellschafters die gleiche wie die des Darlehnsgläubigers, nämlich nur die der eintretenden Insolvenz des Empfängers. Im Konkurse desselben macht der stille Gesellschafter, nicht anders wie ein Darleiher, seine Forderung wegen der Einlage als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend.[2] Das Darlehen muß allerdings in Geld oder anderen vertretbaren Sachen bestehen und die Rückerstattung in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge erfolgen, während die Einlage des stillen Gesellschafters auch in nicht vertretbaren Sachen, sogar in einem Forderungsrechte, Nutzungsrechte od. dgl. bestehen kann, aber nach der Auflösung des Verhältnisses stets in Geld zu berichtigen ist.[3] Dieser zunächst erheblich erscheinende Unterschied wird jedoch sehr abgeschwächt, wenn man sich erinnert an eine Darlehnsform, bei welcher dem Darlehensucher eine andere unvertretbare Sache mit der Ermächtigung gegeben wird, sie zu verkaufen und den Erlös als Darlehen zu behalten, dem s. g. contractus mohatrae, oder daran, daß auch andere Objekte unter einer Schätzung in der Absicht hingegeben werden können, damit der Empfänger diese ermittelte Summe als Darlehen behalte, Darlehensformen,

[2]) H.G.B. § 341 Abs. 2.
[3]) H.G.B. § 340 Abs. 1.

deren Zulässigkeit aus B.G.B. § 607 Abs. 2 zu entnehmen ist.[4]

Auch die Stipulierung eines Gewinnanteils für den stillen Gesellschafter spricht nicht unbedingt gegen die Annahme eines Darlehens, denn das Gesetz macht über die Art der Vergütung für Hingabe eines Darlehens keine Vorschriften.

Gegenüber diesen erheblichen Übereinstimmungen der beiden Vertragsarten finden sich jedoch eine Anzahl nicht in Einklang zu bringender Verschiedenheiten. Während nämlich der Darlehensvertrag, welcher auch nach dem Wortlaut des § 607 des B.G.B.[5] ein Realkontrakt, wie er es im Römischen Rechte war, geblieben ist, erst durch die Hingabe zustande kommt, vorher jeder Wirkung entbehrt, wird der stille Gesellschaftsvertrag durch bloße Willensübereinstimmung der Vertragschließenden perfekt und wirkungsvoll, er ist ein Konsensualkontrakt. Bei ihm kann häufig die bloße Verpflichtung genügen, die versprochene Einlage erforderlichenfalls einzuzahlen, wenn nämlich es dem Geschäftsinhaber nur darauf ankommt, eine bestimmte Summe beanspruchen zu können im Augenblick, wo eine günstige Konjunktur eintritt, vorher aber eine erhebliche Vermehrung seines Betriebskapitals für ihn unnötig, ja lästig wäre. Trotzdem bestehen schon alle Wirkungen des Vertrages, vor allem Teilnahme am Gewinn und — wenn dies nicht ausgeschlossen — auch am

---

[4]) So: P. Oertmann, Kommentar zum B.G.B., Recht der Schuldverhältnisse.

[5]) „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene . . zurückzuerstatten."

Verluste. Es liegt keineswegs nur ein Vorvertrag, ein pactum de contrahendo, vor, wie dies der Fall wäre, wenn man die Einlage des stillen Gesellschafters für ein Darlehen ansehen wollte. Auch das Recht des Darlehnsversprechers [6] bei Eintritt einer wesentlichen Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils sein Versprechen zu widerrufen, kann dem stillen Gesellschafter, der nach Abschluß des Vertrages seine Einlage noch nicht oder nicht völlig gezahlt hat, keineswegs zustehen. Denn es ist gerade das Charakteristische der stillen Gesellschaft, daß von Abschluß des Vertrages an der stille Teilhaber an dem Handelsgewerbe, das der Andere betreibt, mit seiner Vermögenseinlage beteiligt ist, und zwar auf Glück oder Unglück, mag der Geschäftsgang gut oder schlecht sein.

Ferner ist beim stillen Gesellschaftsvertrage die Teilnahme des stillen Gesellschafters am Verluste des Handelsgewerbes die Regel, eine Beteiligung am Gewinn wesentliches Erfordernis.

Mit dem Darlehen hingegen ist eine gewollte Teilnahme an Verlusten des Schuldners begrifflich unvereinbar, während Unentgeltlichkeit bei ihm — wenn auch nicht im Verkehr, so doch principiell — die Regel bildet.

Wer eben einen stillen Gesellschaftsvertrag eingeht, scheut ein größeres Risiko nicht, in der Absicht, größeren Gewinn zu erzielen, wer aber ein Darlehen hingiebt, verzichtet lieber auf größeren Gewinn gegen die — wenn

---

[6]) Gemäß B.G.B. § 610.

auch manchmal eingebildete — Sicherheit, sein Kapital unversehrt zurückzuerhalten.[7]

Wegen seines Rechtes auf einen Anteil am Gewinn billigt das Gesetz dem stillen Gesellschafter ein gewisses Kontrollrecht gegenüber dem Inhaber des Handelsgewerbes zu.[8] Dadurch knüpft es die beiden Parteien viel enger zusammen, als es bei einem Darlehnsgeschäft zulässig wäre.

Diese weit engere Verbindung zwischen dem Inhaber des Handelsgewerbes und seinem stillen Gesellschafter zeigt sich auch darin, daß die Vermögenseinlage von dem Stillen stets hingegeben wird zu dem gleichen, bestimmten Zweck, nämlich zur Anlage im Handelsgewerbe des Anderen. Verwendet der Geschäftsinhaber die Einlage ganz außerhalb des Handelsgewerbes, vielleicht zur Aussteuer seiner Tochter, so ist der stille Gesellschafter sofort zur Kündigung berechtigt, giebt der erstere das Handelsgewerbe vertragswidrig auf und entzieht so die Einlage ihrem Zwecke, so kann der Letztere das Verhältnis jedenfalls sofort kündigen,[9] möglicherweise aber auch den Geschäftsinhaber aus B.G.B. § 823 schadenersatzpflichtig machen.

Schließlich bietet der stille Gesellschaftsvertrag noch eine wesentliche Abweichung vom Darlehnsvertrage. Bei letzterem ist es an sich ausgeschlossen, daß ein Gläubiger des Darlehnsgläubigers, welcher die Abtretung

---

[7]) Wenn Lastig (a. a. O. S. 707) einen stillen Gesellschaftsvertrag, bei welchem der stille Gesellschafter am Verluste teilnimmt, ein „bedingtes Darlehen" nennt, so können wir ihm darin nicht beipflichten. Die Rückgabeverpflichtung ist u. E. ein wesentliches Erfordernis des Darlehnsvertrages. Wenn sie infolge einer Resolutivbedingung fortfällt, haben wir es nicht mehr mit einem reinen Darlehn zu thun.

[8]) H.G.B. § 338.

[9]) Gemäß H.G.B. § 339 Abs. 1 Satz 2.

der Forderung erwirkt hat, diese vor dem vertragsmäßig bestimmten Zahlungstermin kündigt. Das stille Gesellschaftsverhältnis jedoch kann nach Analogie der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Grundsätze von einem Privatgläubiger des stillen Gesellschafters nach Maßgabe des § 135 des H.G.B. vorzeitigt gekündigt werden. Diese lediglich aus der Unübertragbarkeit der Gesellschaftsrechte zu rechtfertigende Möglichkeit würde in die Darlehnsnatur ein fremdes Moment hineintragen, das sich mit ihr nicht verträgt.

Nach alledem muß die Auffassung der stillen Gesellschaft als eines Darlehnsvertrages als unhaltbar erscheinen, da sie mit jenem nur die äußeren Züge, nicht das innere Wesen gemein hat.

Namhafte Autoren,[10] denen eine reine Darlehnskonstruktion zu weit ging, haben nun die stille Gesellschaft „ein modifiziertes Gläubiger- oder Kreditverhältnis" genannt.

Diese — ihrer vagen Allgemeinheit halber zum mindesten unbefriedigende — Bezeichnung glauben wir nicht besser widerlegen zu können, als durch den Versuch der Beweisführung, daß die stille Gesellschaft eben viel mehr ist, als ein bloßes Kreditverhältnis, daß sie nämlich in Wahrheit eine Gesellschaft ist.

Zwar gilt es gleich anfangs negativ festzustellen, daß die stille Gesellschaft eine Handelsgesellschaft jedenfalls nicht ist, wie dies schon äußerlich im Gesetze selbst, und zwar in der Überschrift des zweiten Buches H.G.B. — „Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft" — hervor-

[10]) Vor allen v. Hahn, Kommentar zum A. D. H.G.B., Braunschweig 1877, Seite 768.

tritt, denn zu dieser Eigenschaft fehlen ihr die beiden charakteristischen Merkmale: Gesellschaftsfirma und Gesellschaftsvermögen. Aber andererseits zeigt doch das Gesetz durch die Einstellung des Abschnittes über die stille Gesellschaft in das Buch, welches das Gesellschaftsrecht regelt, daß es eben jene zu den Gesellschaften des Handelsrechts jedenfalls rechnet.

Hierin folgt das Handelsgesetzbuch der historischen Überlieferung. Denn sowohl das italienische Vorbild, die societas per modum participationis,[11] galt stets für eine wahre Societät, als auch wurde die deutsche mittelalterliche Form der stillen Gesellschaft von den Juristen Carpzov, Wernher, Hommel als „Gesellschaft" oder „Maskopey" angesehen.[12]

Hier nun gilt es allein zu untersuchen, ob die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs sich dem allgemeinen Gesellschaftsbegriff, welchen das Bürgerliche Gesetzbuch im § 705 aufstellt, unterordnen läßt oder nicht.

§ 705 des B.G.B. besagt:

„Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten."

Hiernach lassen sich die wesentlichen Erfordernisse eines jeden Gesellschaftsverhältnisses in die Worte zusammenfassen: Gemeinsame Förderung der Erreichung eines gemeinsamen Zweckes.

„Zweck" ist hier im allerweitesten Sinne aufzufassen, als jeder erlaubte, nicht unsittliche, gewerbliche, gemein-

[11]) Vergl. § 1 der Abhandlung. Seite 11.

[12]) Renaud, Recht der stillen Gesellschaften. S. 27.

nützige oder sogar Vergnügungszweck. Der Zweck der stillen Gesellschaft ist ein gewerblicher, er geht auf Erzielung von Gewinn aus dem Betriebe eines Handelsgewerbes und auf eine hieraus resultierende Verbesserung der allgemeinen ökonomischen Lage der Parteien.

Dieser Zweck muß ein gemeinsamer sein, d. h. er muß einerseits von den Parteien gleichmäßig gewollt sein und andererseits ihnen beiden zu gute kommen. Nach dem ersten Erfordernis bildet jede Gesellschaft ein allein auf dem gegenseitigen Vertrauen der Gesellschafter aufgebautes Verhältnis, bei welchem ausschließlich egoistische Beweggründe oder gar ein Interessengegensatz der Parteien ausgeschlossen sein müssen,[13] ja welches, wie Ulpian sagt,[14] jus quodammodo fraternitatis in sich schließen soll. Die Gesellschafter sollen sich gegenseitig auch als solche, d. h.

[13]) Hierin liegt einer der wesentlichen Unterschiede des stillen Gesellschaftsvertrages vom Verhältnisse des commis interessé und des mit Tantieme beschäftigten Arbeiters zum Prinzipal. In letzterem Falle sind die Interessen der beiden Parteien völlig entgegengesetzte, auf der einen Seite die Arbeit — auf der anderen Seite das Kapital! (Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte. 1897. S. 147 f.) Dies ist aber eben nur einer — und zwar mehr auf socialem Gebiete liegender — der mehreren Unterschiede: rechtlich liegt der Hauptunterschied (Vgl. zu dieser Frage vor allen K. Lehmann im Kommentar zum H.G.B. 1899. Anm. Nr. 11 zu § 59) darin, daß der Handlungsgehülfe dem Prinzipal unterSteht, ihm nicht als Gesellschafter gegenübersteht, darum auch kein Konsens- oder Kontrollrecht hinsichtlich der Geschäftsführung hat, daß keine Gesellschaft, sondern ein Dienstvertrag vorliegt. Eine Teilung des Aufsichts- und Direktionsrechts zwischen Herrn und Arbeiter würde den letzteren zum socius erheben. (Crome a. a. O. S. 181.) Die Vereinbarung einer Anteilnahme des Handlungsgehülfen am Verluste etwa durch Leistung von Zuschüssen würde das Verhältnis zu dem einer stillen Gesellschaft machen. (R.G. 33 S. 130.) Man sieht, wie leicht das eine in das andere übergehen kann.

[14]) l. 63 pr. Dig. pro socio 17, 2.

als gleichgesinnte Genossen gleichen Rechts ansehen. Dieses mehr innerliche Moment, das jedoch für die Beurteilung uns nicht unerheblich erscheint, findet sich im Verhältnis des stillen Gesellschafters zum Geschäftsinhaber jedenfalls, wie dies ein Blick in die Praxis — den Wortlaut der begründenden Verträge, den Verkehr der „Socien" miteinander, die, wohl durchgehends bestehende sociale Gleichstellung der Parteien — ergiebt.

Wichtiger aber als jenes erste ist das zweite Erfordernis, daß nämlich der gemeinsam gewollte Zweck auch beiden zu gute kommt, unter einem eintretenden Mißerfolge aber notwendigerweise beide leiden. Ist also die gemeinsame Thätigkeit von einem Gewinn begleitet, so sollen sie diesen teilen, bleibt dieser aus, sollen sie ihn beide entbehren. Handelt es sich — wie in unserm Falle — um einen Erwerbszweck, so ergiebt sich hieraus eine beiderseitige wirtschaftliche Abhängigkeit vom jeweiligen Erfolge des gemeinschaftlichen Wirkens. Und diese möchte ich — in dem Gedanken, daß man Rechtsinstitute, die aus einem wirtschaftlichen Bedürfnisse heraus geboren sind, in erster Linie auch nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten beurteilen müsse — als das hauptsächlichste Kriterion für das Vorhandensein einer Erwerbsgesellschaft ansehen.

Bei der stillen Gesellschaft findet es sich in vollem Maße.

Einem wirtschaftlichen Bedürfnisse entsprungen, bewirkt das Verhältnis eine beiderseitige Abhängigkeit vom ökonomischen Erfolg des durch sich vereinigende Leistungen — der Hingabe der Vermögenseinlage auf Seiten des stillen Gesellschafters, der nutzbringenden Verwertung derselben auf Seiten des Geschäftsinhabers — betriebenen

Handelsgewerbes, eine Abhängigkeit, die auch keineswegs fehlt, wenn etwa eine Beteiligung des stillen Gesellschafters am Verluste vertragsmäßig ausgeschlossen worden ist; denn die Möglichkeit infolge schlechten Geschäftsgangs alle Früchte des hingegebenen Kapitals entbehren zu müssen, bewirkt eine hinlänglich fühlbare Abhängigkeit des Kapitalgebers.

Umgekehrt aber führt diese wieder jene oben geschilderte, für das Gesellschaftsverhältnis charakteristische Solidarität der Interessen herbei.

Fügt man zu alledem noch hinzu, daß das oben[15] erwähnte, dem stillen Gesellschafter zustehende Kontrollrecht gegenüber dem Geschäftsinhaber ein allen Gesellschaftsverhältnissen eigentümliches Merkmal ist, daß das Kündigungsrecht eines Privatgläubigers eines der Gesellschafter ebenfalls gerade dem Gesellschaftsrechte entstammt, so wird die Auffassung nicht unbegründet erscheinen, daß die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuches nichts anderes ist, als eine wahre Societät, die sich vollkommen einfügt in den allgemeinen Gesellschaftsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 4. Die Hauptunterschiede zwischen der stillen Gesellschaft des H.G.B. und der Gesellschaft des B.G.B.

Da nach Obigem die stille Gesellschaft des Handelsrechts eine Gesellschaft im allgemeinen Sinne ist, so finden, — da ja nach E.G. H.G.B. Art. 2 Abs. 1 in Handelssachen stets die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Anwendung kommen, soweit nicht im

[15]) Seite 24.

Handelsgesetzbuch oder im Einführungsgesetz ein Anderes bestimmt ist — die Normen des bürgerlichen Gesellschaftsrechts subsidiär auf sie Anwendung.

Dies entspricht auch der Intention des Gesetzes, welches zweimal[1] auf §§ des von der Gesellschaft handelnden Titels des B.G.B. Bezug nimmt, und ebenso der Ansicht der im Reichs-Justizamte aufgestellten „Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs“,[2] welche will, daß das B.G.B. zur Ergänzung der im Handelsgesetzbuche über die stille Gesellschaft aufgestellten Vorschriften diene, da[3] „die stille Gesellschaft unter den allgemeinen Begriff der Gesellschaft im Sinne des § 705 B.G.B. falle allein — fügt sie hinzu — zum Ersatze der besonderen handelsrechtlichen Vorschriften sei das B.G.B. nicht geeignet, da es jedesmal eingehender Vertragsbestimmungen bedürfte, um die Anwendung gewisser auf einer ganz anderen Grundlage beruhenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs auszuschließen.“

Die in den §§ 706—740 des B.G.B. dargestellte Gesellschaft erscheint allerdings als eine von der stillen Gesellschaft gänzlich verschiedene Gesellschaftsform, die mit jener nicht viel mehr gemein hat, als den Grundbegriff. Aber da die Vorschriften dieses Titels des B.G.B. fast sämtlich dispositiver Natur sind, erscheint sie nur gleichsam als Entwurf eines Gesellschaftsvertrages, den das Gesetz den Parteien zur Verfügung stellt, mit der Bestimmung, es solle in die Lücken der wohl stets von den Parteien nur unvollständig und unklar vereinbarten Gesellschaftsverträge, die sonst in den allermannigfaltigsten

[1] H.G.B. §§ 338 Abs. 2, 339 Abs. 1.
[2] Berlin 1896.
[3] a. a. O. S. 182.

Formen zulässig sind, treten. Eine auch nach B.G.B. zulässige Form wäre zweifellos auch die stille Gesellschaft, wie sie das Handelsgesetzbuch normirt, denn sie stößt auf keine entgegenstehende zwingende Vorschrift im bürgerlichen Gesellschaftsrechte.

In diesem Sinne kann man sie eine Sonderart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wohl nennen. Im übrigen aber ist daran festzuhalten, daß der stille Gesellschaftsvertrag, welcher — als eine aus den Bedürfnissen des Handels und Verkehrs erwachsene Einrichtung — sich vollkommen selbständig historisch entwickelt hat,[4] von dem jetzt im B.G.B. aufgestellten für alle möglichen Lebensverhältnisse dienstbar zu machenden Gesellschaftsvertrag so erhebliche Unterschiede zeigt, daß es der Ausschließung bezw. Abänderung eines bedeutenden Teiles der für die Normalgesellschaft des B.G.B. aufgestellten Vorschriften bedürfte, um auf dem Boden des bürgerlichen Gesellschaftsrechts die stille Gesellschaft des Handelsrechts erstehen zu lassen.

Die Hauptunterschiede sind folgende:

Der stille Gesellschaftsvertrag erzeugt allein obligatorische Wirkungen zwischen den Gesellschaftern, der Gesellschaftsvertrag des B.G.B. grundsätzlich daneben noch dingliche Wirkungen. B.G.B. § 718 bestimmt, daß „die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen) werden."

Der Gesellschaft steht hiernach für ihre Zwecke ein nach den Grundsätzen der gesamten Hand gebundenes

[4]) Vgl. § 1 der Abhandlung.

Vermögen zur Verfügung. Die hauptsächlichsten Wirkungen sind: Verfügungsrecht über einen Anteil am Ganzen und noch mehr an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen haben nicht die einzelnen, sondern stets nur alle Gesellschafter gemeinschaftlich;[5] das ganze Gesellschaftsvermögen ist zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden gebunden,[6] gegen Gesellschaftsforderungen kann vom Schuldner nicht eine gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufgerechnet werden,[7] die Zwangsvollstreckung in Stücke des Gesellschaftsvermögens ist nur auf Grund eines gegen alle Gesellschafter vollstreckbaren Titels zulässig.[8]

Von alledem ist bei der stillen Gesellschaft keine Rede, denn sie hat ja überhaupt kein Gesellschaftsvermögen, keine Gesellschaftsforderungen und -schulden, der Inhaber des Handelsgewerbes ist stets der allein Berechtigte und Verpflichtete.

Nun ist allerdings die Vorschrift des § 718 B.G.B. keine zwingende, die Bildung eines gemeinschaftlichen Vermögens, eines Gesellschaftsvermögens kein wesentliches Erfordernis; wird es doch sogar Gesellschaften des bürgerlichen Rechts ohne alles Vermögen geben können, da ja der Zweck ein rein idealer sein kann und auch die Beiträge — in Konsequenz der allgemeinen Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses in § 241 B.G.B. — des Vermögenswertes entbehren können. Aber auch

---

[5]) B.G.B § 719 Abs. 1.

[6]) B.G.B. § 733. Hierin sind allerdings nicht nur die Gesellschaftsschulden, sondern auch andere, für welche die Gesellschafter als Gesamtschuldner haften, eingeschlossen.

[7]) B.G.B. § 719 Abs. 2.

[8]) C.P.O. § 736.

wenn Vermögenswerte dem Gesellschaftszwecke gewidmet werden, so steht nach dem Gesetze der Vereinbarung der Parteien nichts im Wege, daß sowohl Beiträge wie für die Gesellschaft Erworbenes im Vermögen eines Gesellschafters stehen sollen.

Gegenüber den Regeln des bürgerlichen Gesellschaftsrechts bildet dies eine starke Ausnahme, wiewohl die Praxis häufig diese Gestaltung vorziehen wird.

Zu den vom Gesetzbuch geregelten, grundsätzlichen Eigenschaften der civilrechtlichen Societät gehört auch die Möglichkeit ihres Hervortretens nach außen. Bei ihr nämlich können die Gesellschafter entweder in ihrer Eigenschaft als solche gemeinschaftlich oder durch bevollmächtigte Vertreter Dritten gegenüber auftreten, die „Gesellschaft", d. h. immer die Summe der Gesellschafter kann Forderungen erwerben und Schulden kontrahieren.

Die stille Gesellschaft aber ist eine bloße Innengesellschaft, welche Dritten gegenüber niemals hervortritt. Da jedoch auch nach dem B.G.B. das Hervortreten der Gesellschaft nach außen kein notwendiges Erfordernis ist, können und werden sich vielfach Gesellschaften des bürgerlichen Rechts als bloßes Innenverhältnis konstruieren. Die Zulässigkeit solcher Bildungen muß sich schon daraus ergeben, daß die „stille Gelegenheitsgesellschaft" im Sinne des Art. 269 des alten H.G.B. vom neuen H.G.B. nicht mehr berücksichtigt wird, doch wohl nur in der Annahme, daß ihrer — in der Praxis doch gewiß recht häufigen — Bildung auf dem Boden des bürgerlichen Gesellschaftsrechts nichts im Wege steht.

Während ferner bei der stillen Gesellschaft des H.G.B. der stille Socius grundsätzlich von der Ge-

schäftsführung ausgeschlossen ist, bestimmt das B.G.B. im § 709: „Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich". Doch durch Vertrag kann auch die Geschäftsführung einem Einzelnen übertragen werden; dann sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Der Zustand ist dann derselbe, wie bei der stillen Gesellschaft. Doch dann bliebe noch § 712 B.G.B. in Gültigkeit: „Die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung kann ihm durch einstimmigen Beschluß . . . . der übrigen Gesellschafter entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt." Bei einer Gesellschaft, welche nur aus zwei Teilhabern besteht, hat also der von der Geschäftsführung ausgeschlossene das Recht, dem anderen die vertragsmäßig übertragene Befugnis zur Geschäftsführung aus wichtigen Gründen zu entziehen. Auf dieses Entziehungsrecht kann im Vertrage nicht wirksam verzichtet werden: dies zeigt der kategorische Wortlaut des § 712.

Mit dem Wesen der stillen Gesellschaft aber ist es unvereinbar: der stille Gesellschafter ist und bleibt von jeder Einmischung in die Geschäftsführung, ein wie großes Interesse er auch immer an ihr haben mag, ausgeschlossen; er kann sich beim Vorliegen wichtiger Gründe immer nur durch das Kündigungsrecht helfen, welches ihm H.G.B. § 339 im Anschluß an B.G.B. § 723 gewährt.

Fügen wir noch hinzu, daß das H.G.B. dem stillen Gesellschafter ein beschränkteres Kontrollrecht giebt[9], als es dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Ge-

[9]) H.G.B. § 338 Abs. 2.

sellschafter des B.G.B. zusteht, daß die Kündigung der stillen Gesellschaft durch einen der Gesellschafter oder durch einen Gläubiger des stillen Gesellschafters sich nicht nach dem bürgerlichen Gesellschaftsrecht, sondern nach den für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften des H.G.B. regelt [10], daß endlich der Tod des stillen Gesellschafters das Vertragsverhältnis nicht auflöst [11], wozu die Bestimmung des B.G.B. § 727 betreffs der civilrechtlichen Societät, welche dem Tode eines Gesellschafters i. Z. auflösende Wirkung giebt, im Gegensatz steht, — so müssen diese angeführten Unterschiede zur Genüge erkennen lassen, daß die stille Gesellschaft des Handelsrechts, wenn auch ihre wesentlichen Erfordernisse dem bürgerlichen Gesellschaftsrechte nicht widerstreiten, doch aus der Gesellschaft, welche in den §§ 706—740 des B.G.B. normiert ist, erst nach einer von den Parteien getroffenen abweichenden Regelung der wichtigsten Vertragspunkte hervorgehen könnte.

Wie sich des weiteren das Verhältnis der beiden Gesellschaften zu einander im einzelnen gestaltet, soll im folgenden, besonderen Teile der Abhandlung gezeigt werden.

Die stille Gesellschaft in ihrem Verhältnis zur Gesellschaft des B.G.B. in ihren einzelnen Beziehungen.

§ 5 I. Errichtung.

Die stille Gesellschaft kann nie nur zwei Teilhaber umfassen, die civilrechtliche beliebig viele. Während bei

[10] H.G.B. § 339 Satz 1.
[11] H.G.B. § 339 Abs. 2.

letzterer hinsichtlich der Qualität derselben nichts besonderes vorgeschrieben ist, jede Person also Gesellschafter werden kann, stellt das H.G.B. für einen der beiden Teilhaber besondere Anforderungen auf.

Für die Person des stillen Gesellschafters zwar ist nichts besonderes vorgesehen; § 335 H.G.B. beginnt: „Wer sich als stiller Gesellschafter . . . . beteiligt." Es ist also anzunehmen, daß jede Person, gleichviel ob physische oder juristische, sich beteiligen darf; Privatleute sowohl wie Korporationen und sämtliche Handelsgesellschaften besitzen ebenso die Fähigkeit, stille Gesellschafter zu werden, wie Einzelkaufleute, mögen sie auch Ehefrauen oder Unmündige sein. Auch mehrere Personen als gemeinschaftlich berechtigte und verpflichtete können die Stelle des einen stillen Gesellschafters einnehmen[1]. Sobald aber mehrere selbständige stille Gesellschafter vorhanden sind, bestehen ebenso viele getrennte stille Gesellschaften. Für die Person des anderen Teilhabers der stillen Gesellschaft, des s. g. Komplementars oder Geranten, aber bestehen besondere Anforderungen: er muß zunächst ein Handelsgewerbe betreiben, also Kaufmann sein. Die Eigenschaft eines Vollkaufmanns, welche man unter der Herrschaft des alten H.G.B. vielfach als erforderlich ansah, braucht er nicht zu besitzen, denn nach H.G.B. § 4 kann durch eine Vereinigung zum Betriebe eines Minderhandelsgewerbes nur eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft nicht begründet werden, also wohl eine stille Gesellschaft. Ferner muß der Komplementar „Inhaber des Handelsgeschäfts", also

[1]) Dieser Fall liegt vor, wenn mehrere Miterben an die Stelle des einen stillen Gesellschafters getreten sind.

Herr des Handelsgewerbes, an welchem die Beteiligung stattfindet, sein.[2]

Die stille Gesellschaft wird ebenso wie die bürgerrechtliche durch einen Vertrag, der für beide wesentliches Erfordernis ist, begründet.[3] Eine bloß thatsächliche Verwendung fremden Kapitals im Handelsgeschäfte begründet ebensowenig eine stille Gesellschaft, wie eine nur zufällig entstandene Personenvereinigung, welche irgend ein gemeinsames Ziel durch gemeinsame Leistungen zu erreichen strebt, eine civilrechtliche Gesellschaft wirklich begründet. Für beide Gesellschaftsverträge gilt die vom B.G.B. für Verträge allgemein statuierte Formfreiheit, ausgenommen in den Fällen, in denen das B.G.B. für Verträge über besonders hineinbezogene Objekte eine Form erfordert, insbesondere bei Einbringung von Grundstücken[4] oder Übertragung des gesamten Vermögens oder eines Bruchteils derselben.[5] Abschluß der Gesellschaftsverträge durch konkludente Handlungen ist — in Verfolg des Prinzips der Formfreiheit — statthaft.

Beide Gesellschaften entstehen im Augenblicke des Vertragsschlusses, falls nichts anderes vereinbart ist. Soll aber das Handelsgewerbe, an dem sich der stille Gesellschafter beteiligen will, erst begründet werden, so entsteht die stille Gesellschaft erst mit der Geschäftsgründung.

Aus dem Inhalte der Verträge muß in erster Linie der Wille der Parteien hervorgehen, eine Gesellschaft und

---

[2]) H.G.B. § 335.
[3]) H.G.B. § 336 Abs. 2; B.G.B. § 705.
[4]) B.G.B. § 313.
[5]) B.G.B. § 311.

zwar eine Gesellschaft der betreffenden Art zu begründen. Eine ausdrückliche Benennung derselben ist nicht nötig, ja sogar wenn die Parteien dem Verhältnis ausdrücklich eine andere Bezeichnung geben, z. B. dem stillen Gesellschaftsvertrage den Namen eines Darlehnsvertrages[6] so hat dies auf den Charakter des Verhältnisses keinen Einfluß, wenn sonst die Merkmale der Gesellschaft vorliegen.

Zur Begründung einer stillen Gesellschaft kann die Hingabe einer Summe an einen Kaufmann mit der Abrede, sich als stiller Gesellschafter an dessen Handelsgewerbe zu beteiligen, genügen. Alles andere fände seine Regelung durch das Gesetz. In der Regel aber wird man neben Festsetzung der Höhe und Art der Einlage die Bestimmung des Gewinn- und Verlustanteils, oder ob überhaupt ein Anteil am Verlust seitens des stillen Gesellschafters getragen, ob feste Zinsen neben der Dividende gezahlt werden sollen, ferner Erklärungen über den Gegenstand des Handelsgewerbes, Ort der Handelsniederlassung u. a. nicht versäumen dürfen.

II. Rechtsverhältnisse während des Bestehens der Gesellschaft:

1. unter den Gesellschaftern.

§ 6. a) Einlage und Beiträge.

Eine Teilnahme an der Förderung des Gesellschaftszweckes seitens jedes einzelnen Gesellschafters ist bei jeder Gesellschaft wesentlich. Bei der civilrechtlichen Gesell-

[6]) R.O.H.G. XII. Seite 98

schaft hat diese Mitwirkung in irgend einer vertragsmäßig festgesetzten Art, insbesondere aber durch die Leistung der vereinbarten Beiträge zu geschehen.

Bei der stillen Gesellschaft kann sie hinsichtlich des Stillen stets nur durch Eingabe einer Vermögenseinlage erfolgen.

„Beitrag und „Einlage" decken sich nun keineswegs. Der Sprachgebrauch des B.G.B. unterscheidet allerdings nicht scharf zwischen beiden.

In § 706 Abs. 3 heißt es, daß der „Beitrag" eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann; § 818 läßt das Gesellschaftsvermögen aus den „Beiträgen" der Gesellschafter bestehen, bei der Auseinandersetzung aber werden nach § 733 die „Einlagen" aus dem Gesellschaftsvermögen erstattet mit Ausnahme der „Einlagen", welche in Diensten oder in einer Gebrauchsüberlassung bestanden.

Trotzdem hier scheinbar kein scharfer Unterschied zwischen beiden Ausdrücken gemacht wird, ist er doch vorhanden. Und zwar ist „Beitrag" der umfassendere Begriff: er umfaßt alles, was ein Gesellschafter zur Förderung des Gesellschaftszweckes leistet, gleichviel ob diesem Zwecke damit ein Vermögenswert dienstbar gemacht wird oder nicht. Darum können die Beiträge der Gesellschafter des B.G.B. bald in der Zahlung einer Geldsumme oder in der Übertragung von Sachen und Rechten oder in einer Gebrauchsüberlassung, bald in bloßen Diensten bestehen, ja sogar eine „lediglich moralische Förderung des Gesellschaftszweckes"[1] — etwa durch

[1]) Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II Abt. 2. Jena 1899. Seite 373.

die von einem Gesellschafter gegebene Erlaubnis, seinen Namen zur Empfehlung der Gesellschaft zu gebrauchen — kann man als einen ausreichenden „Beitrag" ansehen.

„Einlage" aber ist der engere Begriff, welcher sich beschränkt auf diejenige Art der Beiträge, die allein bestehen kann in verkehrsfähigen Objekten, da „nur solche auf dem Kapitalkonto gebucht werden und die ziffermäßige Grundlage der Beteiligung eines Gesellschafters bilden"[2] können.

Die juristische Litteratur hat übereinstimmend die Ansicht, daß die Einlage des stillen Gesellschafters nicht nicht nur in einer Geldsumme, sondern auch in allen anderen verkehrsfähigen Sachen, in dinglichen und Forderungsrechten, ja auch in einem Patent, einem Fabrikationsgeheimnis, der Geschäftskundschaft, einer Konzession bestehen kann. Auch eine bloße Gebrauchsüberlassung wird von den Meisten als genügende Einlage angesehen.[3] Denn hier handelt es sich um abschätzbare Vermögenswerte, die einen Zuwachs zu dem Geschäftsvermögen bilden und „als Aktiva in die Bilanz aufgenommen[4] werden können."

Ob aber eine Einlage, die nur in Diensten besteht, eine Arbeitseinlage, eine genügende Unterlage für die Beteiligung des Stillen ist, ist sehr bestritten.

Die meisten bejahen die Frage, indem sie geltend machen, daß auch Dienste für den Geschäftsinhaber einen

---

[2]) Staub, Kommentar zum H.G.B., 1. Band. Berlin 1900. Seite 383 Anm. 3.

[3]) A. M. Staub a. a. O. Seite 997 Anm. 15.

[4]) Motive zum Aktien-Gesetz von 1884, S. 151.

Vermögenswert haben, da er ja dadurch gemietete Arbeitskräfte erspare.

Gegen diese Ansicht ist besonders Lastig aufgetreten, indem er anführte, daß in diesem Falle weder „von einer Verminderung der Vermögenseinlage durch Verlustanteil", noch von „Einzahlung der rückständigen Einlage in die Konkursmasse bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Anteils am Verlust erforderlich ist", noch „von Rückzahlung der Einlage (in Geld)", noch endlich von „Geltendmachung des Einlagerestes im Konkurse des Geschäftsinhabers durch den stillen Gesellschafter als Gläubiger" die Rede sein könne.[5] Von alledem kann aber auch nicht die Rede sein, wenn die Einlage in einem Gebrauchsrechte oder einem Nießbrauche oder dergl. besteht. Diese müßten folgerichtig dann gleichfalls ausgeschlossen werden, was aber auch Lastig nicht will.

Jede Einlage des stillen Gesellschafters, gleichviel worin sie besteht, muß ja in Geld abgeschätzt werden, und der so ermittelte „Betrag der Einlage" ist es, der durch Verlust vermindert, in die Konkursmasse eingezahlt, in Geld berichtigt oder im Konkurse als Forderung geltend gemacht wird. Und es ist zuzugeben, daß eine Schätzung versprochener Dienstleistungen wohl angängig wäre.

Wesentlich aber ist, daß die Einlage so geleistet wird, daß sie „in das Vermögen" des Komplementars übergeht. Dies hat den Sinn, daß die Einlage jedenfalls der Verfügungsgewalt des Komplementars unterworfen sein muß. Ein Gebrauchsrecht z. B. kann nur eine Vermögenseinlage bilden, wenn es dem Geschäfts-

---

[5]) Lastig in Endemanns Handbuch, Leipzig 1881, Bd. I, S. 705.

inhaber wirklich eingeräumt ist oder er jederzeit die Einräumung beanspruchen kann.

Das Versprechen von Diensten allein aber giebt dem Komplementar keinen Vermögenswert, über den er verfügen kann, den er auch darum nicht im Kapitalkonto buchen kann. Denn darin liegt nur ein zukünftiger Wert, den die Arbeit erst erhält, wenn sie wirklich geleistet ist, den aber der Komplementar trotz Vertrag und Versprechen nicht erzwingen kann. Darin liegt der Grund, weshalb Dienste keine geeignete Vermögenseinlage ausmachen können. In der Praxis wird überdies stets, sobald jemand einem Kaufmann lediglich Dienste leistet, sei es auch gegen Anteil am Gewinn und sogar am Verlust, das Bestehen eines Dienstvertrages angenommen werden, denn „wer nichts in die Schanzen zu schlagen hat, als seine Dienste, ist eben stets nur ein Bediensteter."[6] Dies wurde schon in den Nürnberger Kommissionsverhandlungen zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches von kaufmännischer Seite betont, und ebenso in einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. Juni 1890 zum Ausdruck gebracht.

Die Änderung des neuen H.G.B., wonach die Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers, nicht mehr „in das Eigentum" desselben übergehen soll, kann — wie oben gezeigt – die Zulässigkeit der Arbeitseinlagen nicht herbeiführen.

Das B.G.B. aber, welches es für nötig hält, ausdrücklich hervorzuheben, daß der Beitrag eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann,[7] rechnet

[6]) Staub, Kommentar S. 997 Anm. 14 und die dort angeführten Entscheidungen. R.G. 33 S. 130, Bolze 10, Nr. 534.
[7]) B.G.B. § 706 Abs. 3.

Dienste faktisch nicht zu den Einlagen. Denn im § 733 wird bestimmt, daß „für Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder in der Überlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben", kein Ersatz verlangt werden könne, eben weil dieselben ja gar keine Bestandteile des Gesellschaftsvermögens geworden waren. Der Gebrauch des Wortes „Einlagen" an dieser Stelle kann nur einer unsicheren Terminologie zugeschrieben werden und müßte genau gesprochen dem korrekten Ausdruck „Beiträge" weichen. Dann würde es sich auch erübrigen, den ersten Satz des Absatz 2 § 733 einzuschränken, daß nämlich „aus dem nach der Berichtigung der Schulden übrig bleibenden Gesellschaftsvermögen die Einlagen zurückzuerstatten sind." Die Beiträge, welche nicht Einlagen sind, können eben nicht zurückerstattet werden.

Nach H G.B. wie nach B.G.B. müssen die Einlagen, bezw. Beiträge bestimmt oder bestimmbar, können sie einmalige oder wiederkehrende je nach der Vereinbarung sein; es gilt ferner der allgemeine Grundsatz: Kein Gesellschafter ohne Beitragspflicht.

Während bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Beiträge aller Gesellschafter im Zweifel gleiche sind,[8] besteht bei der stillen Gesellschaft als notwendige Verschiedenheit auf der Seite des Stillen die Einlagepflicht, auf der Seite des Geschäftsinhabers zwar keine Einlagepflicht — denn der Geschäftsinhaber braucht keinerlei Vermögen beizusteuern —, aber doch eine Art Beitragspflicht, wenn man als als seinen Beitrag zur Förderung des Gesellschaftszweckes seine gewerbliche Thätigkeit, zu welcher

[8]) B.G.B. § 706 Abs. 1.

er durch Eingehung des Gesellschaftsvertrages verpflichtet ist, ansieht. Allerdings eine actio pro socio, etwa auf Fortbetrieb des Handelsgewerbes, steht dem stillen Gesellschafter nicht zu. Aber der Geschäftsinhaber, der vertragswidrig das Handelsgewerbe aufgiebt oder veräußert, macht sich jedenfalls schadensersatzpflichtig.

Nach dem B.G.B. § 707 ist ein Gesellschafter zu einer Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage nicht verpflichtet. Diese Vorschrift müssen wir auch auf den stillen Gesellschafter anwenden, wir müssen sie umgekehrt dahin erweitern, daß der stille Gesellschafter — ebenso wie die Gesellschafter des bürgerlichen Rechts — auch gar kein Recht darauf hat, ohne Zustimmung des anderen Teils.

Aus dem der stillen Gesellschaft zu Grunde liegenden Vertrage können sich im übrigen außer der Einlageverpflichtung noch andere Pflichten auf beiden Seiten ergeben, wie sie eben aus jedem Gesellschaftsverhältnis — auch des bürgerlichen Rechts — mit Notwendigkeit folgen, so die Pflicht zur Diskretion, zur Unterlassung einer den Gesellschaftszweck gefährdenden Thätigkeit u. a.

Das Konkurrenzverbot, wie es nach H.G.B. § 112 für die offene Handelsgesellschaft gilt, bei den Gesellschaften des bürgerlichen Rechts aber im Allgemeinen nicht in Anwendung tritt,[9] hat bei der stillen Gesellschaft zwar nicht für den stillen Teilhaber,[10] wohl aber für den Geschäftsinhaber Gültigkeit.[11]

[9]) Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch 1899, Anm. 3 zu § 705.

[10]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Aufl. 1898, S. 587.

[11]) Diese Ansicht vertritt Behrend (Lehrbuch des Handelsrechts I. Bd. 1886—96. S. 672) mit der Begründung, es sei als

§ 7. b) **Geschäftsvermögen und Gesellschaftsvermögen.**

Der erheblichste Unterschied zwischen der stillen Gesellschaft und der vom B.G.B. normierten Gesellschaft tritt nun in der Art der Verwendung dieser Beiträge bezw. Einlagen für den Gesellschaftszweck hervor.

Es ist das Charakteristische der stillen Gesellschaft, daß die Vermögenseinlage des Stillen in das Vermögen des anderen Gesellschafters übergeht und, es ist für die Gesellschaft des B.G.B. als Grundsatz aufgestellt, daß die Beiträge der Gesellschafter gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen) werden.

Nach dem alten H.G.B.[1] wurde „der Inhaber des Handelsgewerbes *Eigentümer* der Einlage". Die neue Fassung, wonach[2] die Einlage nur in das *Vermögen* des Geschäftsinhabers überzugehen hat, wird von der Denkschrift[3] dahin ausgelegt, daß sie „auch für Gegenstände zutrifft, die der stille Gesellschafter dem Geschäftsinhaber nur zum Gebrauch überläßt".

---

eine Vertragsverletzung anzusehen, wenn der Komplementar ohne Genehmigung des stillen Gesellschafters in dem Handelszweige, für dessen Betrieb die stille Gesellschaft eingegangen ist, anderweit Geschäfte für eigne Rechnung oder für Rechnung eines Dritten macht oder an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter oder als Komplementar teilnimmt. Die das Vertragsverhältnis beherrschende bona fides führe in dieser Hinsicht für die stille Gesellschaft zu denselben Ergebnissen wie für die Kommanditgesellschaft und bezw. für die offene Gesellschaft.

Dies meinen wir folgerichtig gleichfalls annehmen zu müssen, wenn es auch nicht unbedenklich erscheint, den Komplementar einer stillen Gesellschaft in gleichem Grade wie den einer Kommanditgesellschaft in seiner Bewegungsfreiheit zu beschränken. Das Gesetz läßt die Frage offen und die Litteratur hat sie bisher wenig beachtet.

[1]) H.G.B. Art. 252 Abs. 1.

[2]) H.G.B. § 335.

[3]) Seite 183.

Ein Grund der Abänderung ließe sich aber eher darin finden, daß man auch früher den Ausdruck „Eigentümer" im weitesten Sinne auffaßte, indem man als Einlage auch Nießbrauchrechte, Forderungsrechte, Patentrechte u. a. zuließ, und man dadurch genötigt war, ein Eigentum an diesen Rechten zu konstruieren.

Jetzt ist es nicht mehr notwendig, daß der Inhaber des Handelsgewerbes das Eigentum an den eingebrachten Sachen erwirbt. Doch wird die Auslegungsregel des B.G.B. § 706 Abs. 2, daß nämlich, wenn vertretbare oder verbrauchbare Sachen und ebenso nicht vertretbare und nicht verbrauchbare Sachen, welche nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht blos für die Gewinnverteilung bestimmt ist, diese im Zweifel gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen", auf die stille Gesellschaft analoge Anwendung finden müssen. Derartige Sachen werden im Zweifel in das Eigentum des Geschäftsinhabers übergehen sollen. Da es an jener Stelle „werden sollen", nicht „werden" heißt, wird es dann immer noch derjenigen Eigentumsübertragungsakte bedürfen, welche nach der Natur der betreffenden Sache rechtlich erforderlich sind.

Im Übrigen sollen alle Teile der Einlage in das „Vermögen" des Geschäftsinhabers übergehen, diesem also das alleinige Verfügungsrecht darüber übertragen werden. Bei Forderungen wird es also der Cession, bei Ordrepapieren des Indossaments, bei Inhaberpapieren der Übergabe u. s. w. bedürfen.

Der Geschäftsinhaber hat auf die Erfüllung dieser Verpflichtung des Stillen, die Einlage so zu leisten, daß sie in sein Vermögen übergeht, einen klagbaren Anspruch.

Die Einlage ist, ob einbezahlt oder nicht, in die Bilanz einzustellen. Aber darum hat doch der stille Gesellschafter auf die Verwendung der Einlage in den Händen des Geschäftsinhabers grundsätzlich nicht den geringsten Einfluß. Zwar bildet sie, eben durch ihre Aufnahme in die Geschäftsbilanz, einen Teil des Geschäftsvermögens, dieses aber ist darum doch kein gemeinsames; ja der stille Socius kann seinen Partner nicht einmal zwingen, die gezahlte Einlage in das Betriebskapital des Geschäfts auch wirklich aufzunehmen. Thut jener es nicht, so ist dies nur ein wichtiger Grund, der den stillen Gesellschafter zur sofortigen Kündigung des Vertrages berechtigt.

Während man also bei der stillen Gesellschaft weder von einem gemeinsamen Betriebskapital, noch gemeinsamen Betriebsmitteln, am allerwenigsten von einem Gesellschaftsvermögen sprechen kann, wird bei dem gesetzlichen Grundbild der civilrechtlichen Societäten „aus den Beiträgen der Gesellschafter und den durch die Geschäftsführung erworbenen Gegenständen ein gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen)“ gebildet. Bei dieser gesetzlichen Gesellschaftsverfassung wird alles gemeinsam: Betriebskapital, Betriebsmittel, Forderungen, Schulden. Und dort, bei der stillen Gesellschaft, ist alles in der Person des einen Gesellschafters, des Komplementars, konzentriert. Hier fließt der Gewinn der Gesellschafter aus dem eigenen Vermögen, dort der Gewinn des stillen Gesellschafters aus einem ihm fremden Vermögen. Hier wird unterschieden das Privatvermögen, Privatforderungen und -schulden vom Gesellschaftsvermögen, dort giebt es diesen Unterschied nicht, auch das Geschäftsvermögen und das Privatvermögen des

Komplementars ist in der Regel nicht getrennt, es müßte denn im Vertrage besonders bedungen sein, oder aber der Komplementar eine Handelsgesellschaft sein, welche als solche ein gesondertes Gesellschaftsvermögen besitzt.

Nun ist aber bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Schaffung eines Gesellschaftsvermögens nichts Unerläßliches. Denn Absatz 1 des § 718 B.G.B. ist so aufzufassen, daß die Beiträge pp. gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter nur werden, wenn es ihren Intentionen entspricht. Jede andere Vereinbarung ist ihnen freigestellt. Darum würde auch nichts im Wege stehen, die Beiträge und das durch die Geschäftsführung Erworbene auf dieselbe Weise in das Vermögen eines einzigen Gesellschafters übergehen zu lassen, wie es mit der Einlage des stillen Gesellschafters des Handelsrechts notwendigerweise geschieht. Dazu bedürfte es jedoch ausdrücklicher, keinen Zweifel zulassender Vertragsbestimmungen.

§ 8. c) Teilnahme am Gewinn und Verlust.

Wesentlich jedem Gesellschaftsverhältnis ist die Teilnahme aller Gesellschafter an den Vorteilen des gemeinschaftlichen Wirkens, insbesondere am Gewinne der gemeinsamen wirtschaftlichen Thätigkeit.

Für die stille Gesellschaft wird dies vom H.G.B. § 336 Abs. 2 Satz 2: „Seine (des stillen Gesellschafters) Beteiligung am Gewinn kann nicht ausgeschlossen werden" noch besonders hervorgehoben; für die Gesellschaft des B.G.B. geht es aus der Bestimmung des § 722 hervor, daß nämlich, wenn die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust nicht bestimmt sind, jeder Gesell-

schafter einen gleichen Anteil am Gewinn und Verluste habe.[1]

Die Art der Berechnung des Gewinnes ist aber bei der stillen Gesellschaft eine andere als bei der Gesellschaft des B.G.B.

Bei ersterer ist der Gewinn ganz unabhängig von dem Bestand des bei Beginn der Gesellschaft vorhandenen Geschäftsvermögens, er ist lediglich der Überschuß des in der für die Rechnung zu Grunde gelegten Periode durch den Betrieb des Handelsgewerbes Vereinnahmten über den Betrag der in dieser Zeit gehabten Geschäftsunkosten aller Art und etwa erlittenen Verluste. Der Betrag dieses Gewinnes ist der nach den Grundsätzen der §§ 39—41 des H.G.B. aufgestellten Bilanz zu entnehmen. Keinesfalls darf der Geschäftsinhaber von dem gemeinsamen Gewinn die etwa bezahlten vor der Begründung der stillen Gesellschaft entstandenen Geschäftsschulden abziehen.

Bei der civilrechtlichen Gesellschaft hingegen ist Gewinn der Betrag, um welchen sich das Gesellschaftsvermögen — immer vorausgesetzt, daß die Gesellschaft auf dieser Grundlage sie begründet hat — unter Zurechnungstellung aller Gesellschaftsforderungen und -schulden vermehrt hat.

---

[1]) Mit Obigem soll nur gesagt werden, daß es gegen den Gesellschaftscharakter verstoßen würde, wenn ein Gesellschafter nur den Verlust, der andere nur den Gewinn aus der Gesellschaftsthätigkeit hat. Denn dann läge keine Gesellschaft, sondern vielleicht von der einen Seite eine Schenkung, oder ein Garantieversprechen vor. Ausschluß *aller* Gesellschafter vom Gewinn ist bei einer civilrechtlichen Societät — z. B. wenn sie zu einem wohlthätigen Zwecke errichtet ist — sehr wohl denkbar.

Als Zeitpunkt der Gewinnberechnung ist bei der stillen Gesellschaft vom § 337 Abs. 1 H.G.B. der Schluß jedes Geschäftsjahres vorgeschrieben, während bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft — falls der Vertrag darüber schweigt — die Regel des § 721 B.G.B. Platz greift, wonach ein Gesellschafter den Rechnungsabschluß erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen kann, bei einer Gesellschaft von längerer Dauer aber der Rechnungsabschluß im Zweifel am Schlusse jeden Jahres zu erfolgen hat.

Die so ermittelten Gewinnbeträge kommen nun bei beiden Gesellschaften in der durch den Vertrag festgesetzten Weise zur Verteilung. Hierüber zu bestimmen, ist also dem Willen der Parteien völlige Freiheit gelassen. So kann der Gewinnanteil in einer bestimmten Quote oder einem Procentsatz des Reingewinns, oder aber in einer jährlichen Rente von festgesetzter Höhe, welche aber durch ein Sinken des Gewinnes unter einen bestimmten Betrag gemindert oder ganz aufgehoben wird, oder in einer anderen berechenbaren Form im Vertrage ausgedrückt sein.

Auch können neben dem Gewinn feste Zinsen ausbedungen werden. Ob noch eine stille Gesellschaft vorliegt, wenn nur feste Zinsen bedungen sind, der stille Gesellschafter aber außerdem am Verluste teilnimmt, scheint, immerhin fraglich. U. E. ist die Frage zu bejahen, denn die Einlage des Stillen ist ja dann immer noch von den Schicksalen des Handelsgewerbes abhängig. Sind aber nur feste Zinsen bedungen, und ist eine Teilnahme am Verluste ausgeschlossen, so liegt jedenfalls ein Darlehen, keine stille Gesellschaft vor.

Die Teilnahme jedes Gesellschafters am Verluste ist nicht erforderlich. Das H.G.B.[2] sagt dies ausdrücklich, um eine alte Streitfrage damit zu erledigen. Im Gesellschaftsrechte des B.G.B. findet sich keine analoge Bestimmung; doch müssen wir die Zulässigkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters vom Verluste schon daraus folgern, daß die Teilnahme daran nicht zum Begriffe der Gesellschaft gehört.

Falls ein Gesellschafter aber nicht am Verluste teilnehmen soll, muß dies im Vertrage besonders hervorgehoben sein.

Die Bestimmung der Höhe der Verlustbeteiligung liegt ebenso im Belieben der Parteien wie die der Höhe der Gewinnbeteiligung. Bei der stillen-Gesellschaft jedoch findet sie ihre Grenze in der Höhe der Einlage des stillen Gesellschafters. Mehr wie diese kann derselbe niemals einbüßen. Dies sagt H.G.B.§ 337 Abs 2; „Der stille Gesellschafter nimmt an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage teil." Nach B.G.B. jedoch sind die Gesellschafter auch über den Betrag ihrer Einlage hinaus für den Gesellschaftsverlust deckungspflichtig und zwar haben sie gemäß § 735, wenn „das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen nicht ausreicht, für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis aufzukommen, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben."

Ist für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Bildung eines Gesellschaftsvermögens durch den Vertrag ausgeschlossen, so wird diese Auslegungsregel nicht zur

[2]) H.G.B. § 336 Abs. 2.

Anwendung kommen und durch eine Vertragsbestimmung, welche der Vorschrift des § 337 des H.G.B. gleich lauten kann, ersetzt werden müssen.

Ist über die Höhe der Gewinn- oder der Verlustbeteiligung, oder aber beider im Vertrage nichts bestimmt, so treten die gesetzlichen Regeln in Kraft.

Zunächst greift auch für die stille Gesellschaft die Regel des bürgerlichen Gesellschaftsrechts[3] Platz: „Ist nur der Anteil am Gewinn oder vom Verluste bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust." Ist also allein ein Gewinnanteil bestimmt, so liegt darin nicht etwa ein Ausschluß vom Verluste.

Für den — in der Praxis sicherlich sehr seltenen — Fall, daß weder über Gewinn noch über Verlust etwas vereinbart ist, nimmt das H.G.B.[4] für die stille Gesellschaft „einen den Umständen nach angemessenen Anteil als bedungen" an, während das B.G.B.[5] jedem Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil am Gewinn und Verluste giebt. Daß bei der stillen Gesellschaft im Zweifel ein angemessener Anteil als bedungen gilt, unter Abweichung der sonst auf sie anwendbaren Regel des B.G.B., hat wohl seinen Grund in der sehr verschiedenen und schwer vergleichbaren Stellung des Komplementars und des stillen Teilhabers. Maßgebend für die Abmessung des Anteils wird für den Richter sein müssen einmal die Höhe der Einlage, dann aber auch die Erwägung, daß der Geschäftsinhaber der unbeschränkt Haftende ist, während

[3]) B.G.B. § 722 Abs. 2.
[4]) § 336 Abs. 1.
[5]) § 722.

der Stille nur das Risiko seiner Einlage in die Wagschale legen kann, und schließlich wird auch die Thätigkeit des Komplementars in Anschlag zu bringen sein.

Auf den einmal berechneten Gewinn hat der Gesellschafter nach H.G.B. wie nach B.G.B. einen fälligen Anspruch: wenn es nicht besonders vereinbart ist, wird der nicht erhobene Gewinn in keinem Falle zur Erhöhung der Einlage verwandt. Auch ist kein Gesellschafter verpflichtet, einmal bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen, wie dies H.G.B. § 337 Abs. 2 hervorhebt. Während nun aber — falls nicht ein Anderes vereinbart — bei der civilrechtlichen Gesellschaft die Verteilung des Verlustes stets erst nach Auflösung der Gesellschaft stattfindet, schreibt für die stille Gesellschaft H.G.B. § 337 Abs. 2 vor: „Solange seine (des stillen Gesellschafters) Einlage durch Verlust vermindert ist, wird der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet." Eine entsprechende Vereinbarung ist auch bei Begründung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zulässig.

§ 9. d) Verfügungen der Gesellschafter über ihre Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrage.

Für die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts spricht § 717 des B.G.B. den Grundsatz aus:

„Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt

werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt."

Dieser aus dem Wesen der Gesellschaft hervorgegangene Grundsatz muß auch auf die stille Gesellschaft entsprechende Anwendung finden. Denn jede Gesellschaft basiert auf dem persönlichen Vertrauen der Gesellschafter zu einander.

Für die stille Gesellschaft ergiebt sich daraus: daß der Komplementar nicht befugt ist, sein Geschäft zu veräußern oder es in eine Handelsgesellschaft zu verwandeln, denn der stille Gesellschafter ist das Gesellschaftsverhältnis eingegangen nur mit der Person des Inhabers des Handelsgewerbes und hat Anspruch darauf, daß jener und jener allein es betreibt; ferner daß der Komplementar nicht befugt ist, den Anspruch auf die Einlage einem Dritten zu cedieren, denn sie soll in seinem Handelsgewerbe angelegt werden; auf der andern Seite ergiebt sich daraus für den stillen Socius, daß er zwar seine Ansprüche auf den Gewinnantel, sowie auf dasjenige, was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt, an Dritte übertragen darf, nicht aber seine weiteren Rechte, insbesondere das Recht, eine Abschrift der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

§ 10. e) Geschäftsführung.

Es gehört im allgemeinen zu den dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden gegenseitigen Rechten und Pflichten der Gesellschafter, daß jeder jedem gegenüber

zur Geschäftsführung sowohl berechtigt, wie verpflichtet ist. Für die Gesellschaft des B.G.B. spricht dies § 709, der in Ermanglung einer Parteibestimmung Platz greift, mit den Worten aus: „Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich." Unter Geschäften der Gesellschaft sind zu verstehen alle abzuschließenden Rechtsgeschäfte und thatsächlichen Verrichtungen, welche das Gesellschaftsverhältnis mit sich bringt. Unter Geschäften der stillen Gesellschaft sind zu verstehen alle im Betriebe des Handelsgewerbes, an dem sich der stille Gesellschafter beteiligt, abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und vorkommenden thatsächlichen Verrichtungen. Zur Führung dieser Geschäfte müßte nach dem allgemeinen Grundsatz des B.G.B. § 709 der stille Socius ebenfalls berechtigt sein. Das Wesen der stillen Gesellschaft als einer Beteiligung an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, aber bringt es mit sich, daß die Geschäftsführung grundsätzlich dem Komplementar allein zusteht und der stille Gesellschafter davon ausgeschlossen ist.

Auch bei der Societät des bürgerlichen Rechts kann nun von jener Regel in mannigfachster Weise durch den Gesellschaftsvertrag abgewichen werden. Die Geschäftsführung kann entweder allen oder mehreren Gesellschaftern in der Art übetragen werden, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist [1], oder aber sie kann zwar allen gemeinsam sein, statt Stimmeneinheit aber nur Majorität der Stimmen erforderlich sein, [2] oder aber sie kann mehreren oder endlich einem Gesellschafter allein so übertragen

[1]) B.G.B. § 711.
[2]) B.G.B. § 709.

werden, daß die andern Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. [3]

Dieser letzte Fall scheint bei der stillen Gesellschaft vorzuliegen: ein Geschäftsführer, ein von der Geschäftsführung Ausgeschlossener. Es hat den Anschein, als ob das H.G.B. selbst die Verhältnisse für analoge hielte, wenn es im § 338 Abs. 2 ausdrücklich einen Teil der vom B.G.B. § 716 dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter zugebilligten Kontrollrechte dem stillen Gesellschafter versagt. Aber im Grunde sind die Verhältnisse kaum mit einander vergleichbar.

Für den geschäftsführenden Gesellschafter bestimmen sich nach B.G.B. § 713 die Rechte und Verpflichtungen nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnisse ein Anderes ergiebt. Die Stellung des Komplementars der stillen Gesellschaft aber läßt sich mit der eines Auftragnehmers nicht im geringsten vergleichen.

Die Befugnisse des geschäftsführenden Gesellschafters sind ihm von den Gesellschaftern übertragen, die des Komplementars aber stehen ihm zu aus eigenem Recht. Der erstere ist bei der Geschäftsführung an die ihm bei der Übertragung gegebenen Weisungen gebunden, er müßte denn annehmen dürfen, daß die übrigen Gesellschafter seine Abweichung davon bei Kenntnis der Sachlage billigen würden.[4] Der letztere führt die Geschäfte vollständig nach eigenem Gutdünken, unbekümmert darum, ob der stille Socius sie gutheißt oder nicht. Der erstere ist im Zweifel nicht berechtigt, die Führung der Geschäfte

[3]) B.G.B. § 710.

[4]) B.G.B. § 665 Satz 1.

einem Dritten zu übertragen[5], der letztere kann in seinem Handelsgeschäfte nach Belieben Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte bestellen und sich teilweise oder völlig von den Geschäften zurückziehen. Der erstere ist verpflichtet, der Gesellschaft die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand der Geschäfte Auskunft zu erteilen und nach Beendigung der Geschäftsführung oder zu sonst bestimmten Zeitpunkten Rechenschaft abzulegen. Letzterer kann zu alledem nicht gezwungen werden.

Der Hauptunterschied aber zwischen beiden liegt darin, daß der geschäftsführende Gesellschafter immer die Geschäfte der sämtlichen Gesellschafter, die nur zu einem Teil auch seine eigenen sind, führt, der Komplementar der stillen Gesellschaft aber in erster Linie seine eigenen Geschäfte, die nur zum Teil seinen Socius angehen, führt.

Der Geschäftsinhaber nämlich betreibt sein eigenes Handelsgewerbe unter eigenem Namen, er betreibt es aber infolge des Gesellschaftsvertrages auf gemeinsame Rechnung seiner selbst und des stillen Gesellschafters. Daraus folgen einige Beschänkungen seiner sonst völlig unbeschränkten Geschäftsführung: Er darf keine Geschäfte vornehmen, die völlig aus dem Rahmen des bei Begründung der stillen Gesellschaft vorhandenen Handelsgewerbes hervortreten, er darf insbesondere nicht selbstständig die Branche ändern, in welcher er Handelsgeschäfte betreibt, er darf sein Handelsgewerbe weder aufgeben noch veräußern. Ferner gilt für ihn das Konkurrenzverbot[6]: eine Vornahme von Geschäften der-

[5]) B.G.B. § 664.

[6]) vgl. Seite 44.

selben Branche für eigene Rechnung am selben Platze würde eine gewollte Schädigung des stillen Gesellschafters in sich schließen, es müßte denn die Beteiligung von vornherein auf eine Zweigniederlassung beschränkt sein. In allen Fällen aber, in denen der Komplementar diese Pflichten verletzt, kann der stille Gesellschafter immer nur von dem Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen, welches ihm H.G.B. § 339 giebt, Gebrauch machen. Im übrigen haftet der Komplementar bei Erfüllung seiner Gesellschaftspflichten ebenso wie der geschäftsführende Gesellschafter des B.G.B., nur für diejenige Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

So verschieden hiernach die Stellung des Komplementars der stillen Gesellschaft von der des geschäftsführenden Gesellschafters der civilrechtlichen Societät ist, so verschieden ist auch die Stellung der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter von der des stillen Gesellschafters.

Die ersteren haben zunächst nach § 712 B.G.B. das Recht, die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung diesem durch einstimmigen Beschluß zu entziehen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung. Bei der stillen Gesellschaft ist dies Entziehungsrecht undenkbar, denn wenn auch der Komplementar sein Geschäft aufs Gröblichste vernachlässigte und vielleicht dadurch dem stillen Socius jeden Gewinn unmöglich machte, ja ihn sogar seine Einlage verlieren ließe, es bleibt doch immer sein eigenes Geschäft, das er vernachlässigt, in das ihm

trotz alledem der stille Gesellschafter nicht hineinreden darf. Jenem bleibt dann wiederum nur die Kündigung übrig.

Die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter haben ferner nach B.G.B. § 716 Abs. 1 das Recht, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einzusehen und sich aus ihnen eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzufertigen. Diese Rechte sind durch H.G.B. § 338 dem stillen Gesellschafter ausdrücklich versagt. Ebensowenig hat er das Recht auf förmliche Rechnungslegung, wie es dem Gesellschafter der civilrechtlichen Gesellschaft — falls mehrere Gesellschafter vorhanden sind, der Gesamtheit derselben — gegenüber dem Geschäftsführer zusteht.

§ 338 Abs. 1 des H.G.B. normiert die Grenzen, in denen der stille Gesellschafter eine Auskunftserteilung fordern kann: „Der stille Gesellschafter ist berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen". Durch Vereinbarung mit dem Geschäftsinhaber kann dies Kontrollrecht beliebig erweitert werden.

Wenn wichtige Gründe vorliegen, z. B. wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht, kann auf Antrag des stillen Gesellschafters das Gericht die Mitteilung einer Bilanz oder sonstige Aufklärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen. Wenn gerade der oben angeführte wichtige Grund vorliegt, wird auch eine — sonst wohl zulässige — vertragsmäßige Beschränkung der Kontroll-

rechte des Stillen unter das Maß des § 338 Abs. 1 hinfällig. Denn dann ist die zwingende Vorschrift des Absatz 2 des § 716 B.G.B. auch auf die stille Gesellschaft anzuwenden, da nur die Anwendung des Absatz 1 des angeführten § auf den stillen Gesellschafter durch H.G.B. § 338 Abs. 2 untersagt ist.

Hinsichtlich der Geschäftsführung kann nun auch bei der stillen Gesellschaft der Vertrag mannigfache Abweichungen von den oben entwickelten gesetzlichen Regeln herbeiführen, denn die Geschäftsführung betrifft ja nur das innere Verhältnis zwischen den beiden Gesellschaftern. Es kann z. B. der Geschäftsinhaber betreffs bestimmter Geschäfte an die Zustimmung des stillen Socius gebunden sein, er kann sogar von der Geschäftsführung gänzlich ausgeschlossen und der stille Gesellschafter Geschäftsleiter sein — obwohl dies als dem Zwecke der stillen Gesellschaft zuwiderlaufend selten vorkommen dürfte, — er kann beschränkt sein in der Aufnahme neuer stiller Gesellschafter u. dgl. m.

Rechtsverhältnisse während des Bestehens der Gesellschaft.

2. Gegenüber Dritten.

§ 11. a) Vertretung.

Die stille Gesellschaft ist bloße Innengesellschaft: ein obligatorisches Band knüpft die beiden Personen zusammen, für Dritte unsichtbar und ohne unmittelbare Bedeutung. Der Geschäftsinhaber führt zwar die Geschäfte der Gesellschaft, für Dritte sind es aber immer einzig und allein seine eigenen. Sogar wenn kraft besonderer Ver-

einbarung der stille Socius die Geschäfte führt und der Komplementar davon ganz ausgeschlossen ist, — nach außen bleibt der letztere doch immer der alleinige unbeschränkte Vertreter; hat aber der stille Teilhaber auch Vertretungsmacht, so kann er diese nur auf eine besonders und unabhängig von dem Gesellschaftsvertrage durch den Geschäftsherrn bestellte Handlungsvollmacht gründen. Dann vertritt er nach außen nur den Prinzipal, nicht die Gesellschaft.

Für die civilrechtlichen Societäten ist zwar ein Hervortreten nach außen vom Gesetzbuch vorgesehen und geregelt, für ihr Wesen aber ist es unerheblich. Und in der Praxis werden sich viele Gesellschaften des bürgerlichen Rechts als Innengesellschaften bilden und bilden können. Denn ob die Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als solche Dritten gegenüber handelnd auftreten oder zu diesem Zwecke einen Vertreter der „Gesellschaft" bestellen, oder aber ob sie einen Vertreter, der in eigenem Namen Dritten gegenüber handeln soll und mit dem sie sich dann in der vereinbarten Weise auseinandersetzen, bestellen; das steht ganz in ihrem Belieben und ist für den Gesellschaftsbegriff unwesentlich. Ein Verhältnis, wie es bei der stillen Gesellschaft des Handelsrechts notwendigerweise, von selbst in die Erscheinung tritt, kann für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch vertragsmäßige Vereinbarung recht wohl herbeigeführt werden.

§ 12. b) Verhältnis zu Gesellschaftsgläubigern und -schuldnern.

Bei der stillen Gesellschaft kann man von Gesellschaftsgläubigern und -schuldnern nicht sprechen, denn die

Gesellschaft als solche kann weder Rechte noch Pflichten haben. Aus den Geschäften, welche die Gesellschaft angehen, wird der Geschäftsinhaber ganz allein berechtigt und verpflichtet. Der stille Teilhaber tritt zu den Gläubigern und Schuldnern des Handelsgewerbes im allgemeinen in gar keine Beziehungen, insbesondere haftet er in keiner Weise für die Geschäftsschulden. Daran wird auch dann nichts geändert, wenn der Name des Stillen in der Firma des Komplementars enthalten ist.[1] Wird jedoch das Vorhandensein der stillen Gesellschaft in rechtserheblicher Weise Dritten kundgegeben,[2] so kann unter Umständen daraus eine Haftung des

[1]) Der entgegenstehende Art. 257 des alten H.G.B. ist ins neue H.G.B. nicht aufgenommen.

[2]) Die im Art. 260 des alten H.G.B. gegebene Bestimmung, daß bei Kundmachung der st. G. durch einen stillen Gesellschafter oder mit dessen Willen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurteilt werden solle, ob und inwieweit eine rechtliche Wirkung zu Gunsten dritter Personen eintritt, bewirkte, daß man neben der gesetzlich geregelten stillen Gesellschaft die sog. kundgemachte stille Gesellschaft zu konstruieren suchte. Da aber der Art. 260 die Frage ganz offen ließ, welche Wirkungen bei einer in der allerverschiedensten Weise denkbaren Kundmachung im einzelnen Falle eintreten sollten, so war die Folge dieser vagen Bestimmung ein lebhafter Streit in der juristischen Litteratur. Am ausführlichsten behandelt v. Hahn im Kommentar z. Art. 260 diese Frage und versucht, wenigstens die Wirkung der im Geschäftsleben häufigsten Arten der Kundmachung festzustellen. Die weitgehendsten Folgen knüpft Thöl, das Handelsrecht, 1879, S. 381 ff. an die Veröffentlichung der st. G., während schon Lastig bei Endemann S. 757 f. und später Behrend a. a. O. S. 689 die sogenannte kundgemachte st. G. eine mißlungene und auch unpraktisch gebliebene Schöpfung des H.G.B. nennen. Wegen der geringen Anwendbarkeit, die jene Vorschrift des Art. 260 in der Praxis gefunden hat, und ihrer Selbstverständlichkeit halber ist sie bei der Revision des H.G.B. gestrichen worden.

[3]) Denkschrift Seite 185.

Stillen — vielleicht auch[3] das Vorliegen eines Kreditauftrages nach B.G.B. § 778 — gefolgert werden.

Bei der Gesellschaft des B.G.B. liegen die Verhältnisse in der Regel — aber nicht notwendigerweise — wesentlich anders. Da die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden, so werden auch die Gesellschafter sämtlich aus auf solche Weise entstandenen Forderungen und Verpflichtungen gemeinschaftlich berechtigt und verpflichtet. Den Gläubigern haftet dann zunächst das Gesellschaftsvermögen und in zweiter Linie — falls nicht die Haftung dem Gläubiger gegenüber ausdrücklich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt worden ist — das Privatvermögen der Gesellschafter. Diese nach den eintretenden Grundsätzen eintretende Haftung kann leicht dadurch ausgeschlossen werden, daß der Vertreter der Gesellschaft, indem er die Gesellschaftsgeschäfte im eigenen Namen abschließt, aus ihnen auch allein berechtigt und verpflichtet wird. Die von einem solchen Vertreter erworbenen Rechte treten in das Gesellschaftsvermögen — falls ein solches gebildet ist — erst durch ihre Übertragung an die übrigen Gesellschafter, zu welcher der Vertreter durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet ist. Nach außen würde eine solche „stille Gesellschaft des bürgerlichen Rechts" ebensowenig hervortreten, wie die stille Gesellschaft des Handelsrechts. Ja, noch weniger! Denn der stille Gesellschafter des H.G.B. kann in besonderen Fällen gezwungen werden, mit den Gläubigern des Handelsgewerbes, an dem er beteiligt ist, in unmittelbare Beziehungen zu treten. H.G.B. § 342 nämlich giebt den Konkursgläubigern des Komplementars

ein eigenartiges Anfechtungsrecht gegenüber dem stillen Teilhaber. § 342 bestimmt:

„Ist auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt oder sein Anteil an dem entstandenen Verluste ganz oder teilweise erlassen worden, so kann die Rückgewähr oder der Erlaß von dem Konkursverwalter angefochten werden. Es begründet keinen Unterschied, ob die Rückgewähr oder der Erlaß unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind.

Die Vorschriften der Konkursordnung über die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung finden Anwendung."

Dieses Anfechtungsrecht scheint fast eine Mithaftung des stillen Gesellschafters für die Geschäftsschulden zu begründen, ist aber im Grunde nur eine Abart der Konkurspauliana des § 30 K.O., eine Abart insofern, als der Anfechtende hier nicht nötig hat, die dolose Absicht zu beweisen und andererseits der stille Gesellschafter zur Abwehr nur geltend zu machen braucht, daß der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind.

Diese modificirte Pauliana ist auf gleiche Verhältnisse bei einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht anwendbar.

§ 13. 3. Veränderungen im Bestande der Teilhaber.

Da die stille Gesellschaft nur aus zwei Teilhabern bestehen kann, ist eine Veränderung im Teilhaberbestande — also bei Fortbestehen der Gesellschaft nur so denkbar, daß an die Stelle des einen von beiden ein neuer Gesellschafter tritt. Dies ist schlechthin unmöglich, da dies ja nur herbeizuführen wäre durch eine Cession des Anteilrechtes des Stillen an einen Dritten und Aufnahme des Cessionars in die Gesellschaft. Dazu wäre aber die Willensübereinstimmung des Komplementars und damit ein neuer Gesellschaftsvertrag notwendig.

Nur beim Tode des stillen Gesellschafters dauert die Gesellschaft zwischen dem Komplementar einerseits und dem Erben des Anteils des Stillen andererseits ipso jure fort.[1]

Ebenso verschließt sich grundsätzlich das B.G.B. gegen die Aufnahme eines neuen Gesellschafters in ein bestehendes Societätsverhältnis.[2] Ja, der Eintritt eines Erben eines verstorbenen Gesellschafters ist grundsätzlich ausgeschlossen, falls nicht — wie B.G.B. § 727 Abs. 1 besagt — „aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt". Diese letztere Vorschrift wird auch auf die stille Gesellschaft bezüglich der Person des Komplementars Anwendung finden können, sodaß dessen Tod zwar im allgemeinen das Gesellschaftsverhältnis auflöst, im Vertrage aber bestimmt sein kann, daß es mit seinen Erben, welche das Handelsgewerbe weiter betreiben, fortbestehen soll.

---

[1]) H.G.B. § 339 Abs. 2.

[2]) Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Erste Lesung. Bd. II. Berlin 1888. Seite 613.

III. Auflösung der Gesellschaft.

§ 14 I. Gründe.

Die Auflösungsgründe waren für die stille Gesellschaft vom alten H.G.B. im Artikel 261 unter 6 Ziffern aufgezählt. Jetzt verweist § 339 des neuen H.G.B. bezüglich der Kündigung auf die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft; bezüglich der anderen Gründe, insbesondere der Gründe, welche die Gesellschaft ipso jure auflösen, wird man die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft zur Ergänzung heranziehen müssen:

Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters löst nach B.G.B. § 728 die Gesellschaft auf, bei der stillen Gesellschaft also sowohl der Konkurs des Komplementars, wie der des stillen Gesellschafters.

Daß auch des letzteren Konkurs die Gesellschaft ipso jure auflösen soll, stieß schon bei den Nürnberger Kommissionsverhandlungen auf starkem Widerspruch, wurde aber trotzdem vom alten H.G.B.[1] bestimmt. Daß das neue H.G.B. bei diesem Grundsatz geblieben ist, indem es keine Abweichung vom bürgerlichen Recht statuierte, ist umso mehr verwunderlich, als bei Bestimmung der Kündigungsfristen, wie die Denkschrift[2] bemerkt, die richtige Erkenntnis, dem Komplementar müsse Zeit gelassen werden, die Einlage zurückzuzahlen, zu einer Abweichung vom bürgerlichen Rechte führte.

Die Vorschriften des bürgerlichen Gesellschaftsrechts, es sollen im Falle des Konkurses eines Gesellschafters die übrigen Gesellschafter — bei der stillen Gesellschaft

[1]) Art. 261. Z. 3.
[2]) Seite 185.

also entweder der Komplementar oder unter Umständen auch der Stille — verpflichtet sein, die ihnen übertragenen Geschäfte einstweilen fortzusetzen, während die Gesellschaft insoweit als fortbestehend gilt[3], finden auch auf die stille Gesellschaft Anwendung,

Nach B.G.B. § 727 Abs. 1 wird die Gesellschaft durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt. Diese Vorschrift gilt hinsichtlich der stillen Gesellschaft aber nur für die Person des Komplementars, da betreffs des stillen Gesellschafters H.G.B. § 339 die Ausnahme vom B.G.B. macht, daß durch seinen Tod das Gesellschaftsverhältnis nicht aufgelöst wird.

Die civilrechtliche Societät endigt[3] ferner, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder seine Erreichung unmöglich geworden ist.

Daß dieser Auflösungsgrund auch für die stille Gesellschaft als ipso jure wirkender gelten soll, ist konsequenterweise anzunehmen. In der Praxis wird sich zwar die Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes häufig nicht feststellen lassen. Doch kann man immerhin hierin einen Ersatz für die im neuen H.G.B. weggefallene Bestimmung des Art. 261 Ziffer 2 des alten H.G.B. finden, daß nämlich die eingetretene rechtliche Unfähigkeit des Inhabers des Handelsgewerbes zur selbständigen Vermögensverwaltung die Gesellschaft auflöse.

Andere — selbstverständliche — Gründe der Auflösung sind für die Gesellschaften im allgemeinen der Ablauf der für ihre Dauer vertragsmäßig bestimmten Zeit, eine

[3]) gemäß B.G.B. § 726; vgl. unten S.

dahingehende Vereinbarung sämmtlicher Gesellschafter, und für die stille Gesellschaft die Einstellung des Betriebes oder die Veräußerung des Handelsgewerbes durch den Komplementar.

Durch das H.G.B. (§ 339) bleiben ferner „die Vorschriften des § 723 B.G.B. über das Recht, die Gesellschaft aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen, unberührt". Als einen solchen Grund führt das B.G.B. insbesondere an, „wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird".

Bei der stillen Gesellschaft wird als wesentliche Verpflichtung dem Komplementar vor allem vertragsgemäße Verwendung der Einlage, wahrheitsgemäße Mitteilung der Bilanzen und Auszahlung des Gewinnanteils, sowie korrekte Buchführung obliegen, dem stillen Gesellschafter besonders pünktliche Zahlung der Einlage.

Bezüglich der Kündigung eines auf unbestimmte Dauer eingegangenen Gesellschaftsverhältnisses durch einen Gesellschafter oder einen Gläubiger eines Gesellschafters sollen aber für die stille Gesellschaft nicht die Vorschriften des bürgerlichen Gesellschaftsrechts, sondern die vom H.G.B. für die offenen Handelsgesellschaften gegebenen entsprechende Anwendung finden.[4]

Während also die Gesellschaft des B.G.B.[5] falls sie nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Gesellschafter jederzeit," d. h. ohne Einhaltung einer

[4]) H.G.B. § 339.
[5]) B.G.B. § 723 S. 1.

Kündigungsfrist gekündigt werden kann, kann die Kündigung der stillen Gesellschaft durch einen Gesellschafter, wenn sie für unbestimmte Zeit eingegangen ist, nur für den Schluß eines Geschäftsjahres erfolgen; sie muß mindestens sechs Monate vor diesem Zeitpunkte stattfinden.

Der für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft steht nach H.G.B. § 134 und auch nach B.G.B. § 724 gleich „eine Gesellschaft, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist oder nach dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird." — Diese Abweichung betreffs der Kündigungsfrist von den Vorschriften des B.G.B. hat[6] ihren Grund in der sachgemäßen Erwägung, „daß der Inhaber des Handelsgeschäfts die Rückzahlung der Einlage, der stille Gesellschafter, dem gekündigt ist, deren anderweitige Verwertung vorbereiten können muß."

Endlich kann die stille Gesellschaft, ebenso wie die civilrechtliche, zur Auflösung gezwungen werden durch die Kündigung eines Gläubigers eines Gesellschafters. Bei ihr kann es sich natürlich nur um Kündigung durch einen Gläubiger des stillen Socius handeln, da ja die Gläubiger des Komplementars ohne weiteres das Zugriffsrecht in sein Vermögen — Geschäfts-, wie Privatvermögen — haben. Inbetreff dieser Kündigung gilt aber für die stille Gesellschaft ebenfalls nicht bürgerliches, sondern Handelsrecht und zwar auch das der offenen Handelsgesellschaft.[7]

In das bewegliche Vermögen des stillen Gesellschafters muß zunächst innerhalb der letzten sechs Monate vor der Kündigung eine Zwangsvollstreckung von irgend einem

[6]) wie die Denkschrift Seite 185 bemerkt.

[7]) H.G.B. § 339 i. V. m. § 135.

Gläubiger ohne Erfolg versucht worden sein; dies ist gegenüber den Gesellschaftern des B.G.B. nicht nötig[8]. Ferner muß der Gläubiger — und dies gilt auch für den Gläubiger des civilrechtlichen Gesellschafters — auf Grund eines nicht blos vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens erwirkt haben. Hierauf kann der Gläubiger des stillen Gesellschafters die Gesellschaft „ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt kündigen", während nach dem B.G.B. der Gläubiger an eine Frist nicht gebunden ist

§ 15. II. Wirkungen.

Bei der stillen Gesellschaft bedeutet die Auflösung die gleichzeitige Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses. Für sie ist nicht nötig, daß — wie es für die Gesellschaft des B.G.B. bestimmt ist[1] — das Gesellschaftsverhältnis für die Beendigung der schwebenden Geschäfte und die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte als fortbestehend gilt.

Denn der Geschäftsinhaber muß sowieso die die Gesellschaft angehenden Geschäfte abwickeln, weil sie eben vor wie nach der Auflösung seine eigenen sind. Das H.G.B.[2] aber hebt diese Pflicht des Komplementars noch besonders hervor. Die praktische Bedeutung aber der Thatsache, daß die stille Gesellschaft für die noch schwebenden Geschäfte nicht als fortbestehend gilt, liegt darin, daß bei

[8]) B.G.B. § 725.

[1]) B.G.B. § 730 Abs. 2 Satz 1.

[2]) H.G.B. § 340 Abs. 2 Satz 1.

Abwickelung derselben der Komplementar dem früheren stillen Gesellschafter nicht — wie dies im gegenseitigen Verhältnis der Gesellschafter des B.G.B. auch noch nach der Gesellschaftsauflösung der Fall ist — für die diligentia quam suis, sondern für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einsteht.

Trotz der Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses aber behält nach H.G.B. § 340 Abs. 3 der stille Gesellschafter die Befugnis, „am Schlusse jedes Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrages und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte zu verlangen," eine Befugnis, welche genau[3] der des aus der Gesellschaft des B.G.B. ausgeschiedenen Gesellschafters entspricht.

Bei jeder Gesellschaft muß nach der Auflösung eine Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern stattfinden. Die Auseinandersetzung zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter kann aber nicht mit der Auseinandersetzung der civilrechtlichen Gesellschaft, auf welche die §§ 730 bis 735 des B.G.B. Anwendung finden, verglichen werden, denn letztere findet in Ansehung des Gesellschaftsvermögens statt, ein solches ist aber bei der stillen Gesellschaft nicht vorhanden.

Dagegen wird man die §§ 738 bis 740 des B.G.B., welche die Auseinandersetzung beim Ausscheiden eines Gesellschafters behandeln, entsprechend auf die stille Gesellschaft zur Anwendung bringen können. Denn wie dort

[3]) B.G.B. § 740 Abs. 3.

das Gesellschaftsvermögen in den Händen der übrigen Gesellschafter zurückbleibt, so hier das Geschäftsvermögen in den Händen des Komplementars.

Zunächst hat sich — wie das H.G.B.[4] bestimmt — „der Inhaber des Handelsgewerbes mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen". Der Komplementar wird also eine ordnungsmäßige Schlußbilanz für den Zeitpunkt der Auflösung aufzustellen und danach dem Stillen seinen Anspruch auf etwaige Gewinnanteile und auf die Einlage, soweit sie nicht durch Verluste vermindert oder aufgezehrt, ist, in Geld zu berichtigen haben. — Ebenso haben die übrigen Gesellschafter des B.G.B. dem ausscheidenden dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre.[5]

Beide haben also Anspruch auf Abfindung in Geld.

Der Gesellschaft nur zur Benutzung überlassene Gegenstände sind in natura zurückzurückzugeben.[6]

Für den stillen Gesellschafter wie für den ausscheidenden Gesellschafter des B.G.B. kann sich bei der Auseinandersetzung ein Passivsaldo ergeben, aber in verschiedener Weise. Der Gesellschafter des B.G.B. haftet ja — falls nicht ein Anderes vereinbart ist — für die Schulden der Gesellschaft auch über den Betrag seiner Einlage hinaus.

Wenn also bei seinem Ausscheiden der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen

---

[4]) H.G.B. § 340 Abs. 1.
[5]) B.G.B. § 738.
[6]) B.G.B. § 732.

Schulden und der Einlagen nicht ausreicht, so hat er den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Anteils am Verlust aufzukommen.[7]

Der stille Gesellschafter aber kann höchstens seine Einlage verlieren. Hat er diese eingezahlt, so kann sich ein Passivsaldo für ihn nicht mehr ergeben. Ist er mit ihr im Rückstande, so muß er sie nun an den Komplementar, falls dieser aber in Konkurs gefallen ist, in die Konkursmasse einzahlen bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Anteils am Verluste erforderlich ist.[8]

Verschieden gestaltet sich endlich das Verhältnis, wenn der Konkurs eines Gesellschafters Auflösungsgrund ist. Bei der stillen Gesellschaft nämlich hat der stille Teilhaber – auf Grund der zwingenden Vorschrift des § 341 des H.G.B. — im Konkurse des Geschäftsinhabers „wegen der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Anteils am Verlust übersteigt, seine Forderung als Konkursgläubiger geltend zu machen", während unter den normalen Verhältnissen ein Gesellschafter des B.G.B. im Konkurse des andern wegen seiner auf das Gesellschaftsverhältnis sich gründenden Forderungen gemäß K.O. § 51 ein Absonderungsrecht haben würde.

---

[7]) B.G.B. § 739.

[8]) H.G.B. § 341 Abs. 2.